

**FORBUDET MOT GJENTATT FORFØLGNING –
HERUNDER OM TVANGSPLOSSERING ETTER
BARNEVERNLOVEN § 4-24**

Kandidatnummer: 722

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 17 798 ord

23.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Nødvendige avgrensninger	1
1.3	Videre opplegg	1
<u>2</u>	<u>REDEGJØRELSE FOR RETTSKILDENE</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning	3
2.2	Menneskerettsloven – inkorporering av EMK	3
2.3	Protokoll 7 til Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon	4
2.4	Tolkning av EMK	4
<u>3</u>	<u>FORBUDET MOT GJENTATT FORFØLGNING – TP 7-4 NR. 1</u>	<u>7</u>
3.1	Bestemmelsens ordlyd	7
3.2	Bestemmelsens formål og hensyn bak regelen	7
3.3	Kumulative vilkår for avvisning	9
3.3.1	Samme rettssubjekt	9
3.3.2	Samme stat	9
3.3.3	Krav om straffeprosessuelle former?	9
3.3.4	Stilt for retten eller domfelt	10
3.3.5	Krav om enten frifinnelse eller domfellelse?	11
3.3.6	Endelig avgjort	11
3.3.7	Ny forfølgning	12
3.3.8	Straffbart forhold	13

3.3.9	Samme forhold	28
<u>4</u>	<u>TVANGSPLASSEING ETTER BARNEVERNLOVEN § 4-24</u>	<u>36</u>
4.1	Innledning	36
4.2	Definisjon	36
4.3	Formål	36
4.4	Vedtakskompetanse	37
4.5	Vilkår	37
4.6	Langtidsplassering	40
4.7	Institusjonen	41
4.8	Fortløpende oppfølging	42
4.9	Aldersbegrensning?	42
4.10	Rettspraksis	43
4.11	Gir tvangsplassering rett til varetektsfradrag?	43
4.12	Kort om FNs barnekonvensjon	44
<u>5</u>	<u>HINDRER TVANGSPLASSEING ETTER BARNEVERNLOVEN § 4-24 SENERE STRAFFESAK?</u>	<u>46</u>
5.1	Innledning	46
5.2	Er tvangsplassering ”straff”? – Rt. 2003 s. 1827 (Barnevernkjennelse I)	47
5.2.1	Sakens faktum	47
5.2.2	Kort om underrettsavgjørelsene som lå til grunn for Barnevernkjennelse I	47
5.2.3	Høyesteretts kjennelse	48
5.2.4	Mine kommentarer til Barnevernkjennelse I	53

5.3	Gjelder tvangsplassering og straffesak ”samme straffbare forhold”? – Rt. 2004 s. 1368	
	(Barnevernkjennelse II)	56
5.3.1	Innledning	56
5.3.2	Lagmannsrettens kjennelse	56
5.3.3	Høyesteretts kjennelse	59
5.3.4	Mine kommentarer til Barnevernkjennelse II	62
5.4	Avsluttende bemerkninger	64
5.4.1	Juridisk litteraturs oppfatning av kjennelsene	64
5.4.2	Er barnevernkjennelsene i tråd med praksis fra EMD?	66
5.4.3	Konsekvensen av barnevernkjennelsene	69
6	<u>RETTSKILDER</u>	<u>71</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Oppgaven består av to hoveddeler. Først gis en generell fremstilling av forbudet mot gjentatt forfølgning inntatt i den syvende tilleggsprotokollen til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), artikkel 4 nr. 1 (heretter omtalt som TP 7-4). Deretter drøftes problemstillingen:

”Sperrer tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 mot senere straffesak om de samme forhold jf. TP 7-4 nr. 1?”

1.2 Nødvendige avgrensninger

Et viktig unntak fra forbudet mot gjentatt forfølgning er adgangen til å gjenoppta en tidligere avsluttet straffesak. Jeg avgrenser mot å behandle dette nærmere.

1.3 Videre opplegg

Fremstillingen begynner med en kort redegjørelse av de særlige rettskildene som er benyttet. Deretter følger en generell presentasjon av forbudet mot gjentatt forfølgning inntatt i TP 7-4. Særlig grundig vil jeg drøfte hva som regnes som et ”straffbart forhold” og hva som skal til for at noe anses som ”samme straffbare forhold”. I dette kapitlet vil det bli foretatt en inngående drøftelse av rettspraksis fra både Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) og Høyesterett. En grundig gjennomgang av dette er nødvendig for å kunne drøfte den ovennevnte problemstillingen med relasjon til barnevernloven, idet mange av konvensjonens ord og uttrykk er klarlagt gjennom praksis.

Deretter gis en fremstilling av det nærmere innhold i barnevernloven § 4-24, før det drøftes hvorvidt tvangsplassering etter bestemmelsen stenger for senere straffesak om de samme forholdene. Rettstilstanden vedrørende dette spørsmålet synes avklart gjennom Høyesteretts kjennelser inntatt i Rt. 2003 s. 1827 (Barnevernkjennelse I) og Rt. 2004 s. 1368 (Barnevernkjennelse II), og oppgaven vil på dette punkt hovedsakelig være en fremstilling av gjeldende rett.

2 Redegjørelse for rettskildene

2.1 Innledning

Jeg vil under dette punktet knytte noen korte kommentarer til de *særlige* rettskildene som er av betydning for fremstillingen. Den alminnelige rettskildelæren og de alminnelige rettskildene vil ikke bli drøftet.

2.2 Menneskerettsloven – inkorporering av EMK

Utgangspunktet er at folkerettslige regler ikke kommer til anvendelse i norsk intern rett, med mindre de er inkorporert. Det gjelder imidlertid et prinsipp om at norsk rett formodes å være i samsvar med folkeretten. Med dette menes at hvor det foreligger to ulike tolkningsmuligheter av norsk rett, velges den tolkning som stemmer best overens med folkeretten. Også i tilfeller hvor norsk intern rett ikke har regler, vil de folkerettslige reglene få avgjørende betydning.

Prinsippet er for straffeprosessens vedkommende nedfelt i straffeprosessloven § 4, som lyder: ”Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.”

Menneskerettsloven av 21. mai 1999 § 2 fastslår at EMK skal gjelde som norsk lov. Loven har tre hovedvirkninger: styrking av borgernes rettsvern, overføring av myndighet til domstolene fra de øvrige statsmaktene, samt overføring av myndighet til Domstolen i Strasbourg (EMD), idet reglene i EMK håndheves av denne.¹

¹ Smith (2005) s. 435

I norsk rettspraksis ble det før menneskerettsloven operert med et krav om at en inkorporert folkerettsregel måtte ”fremtre som tilstrekkelig klar og entydig”, for å kunne gå foran nasjonal lovgivning.² I plenumsdommen Rt. 2002 s 557 (Dobbeltstraff I) ble regelen erstattet med en retningslinje om at norske domstoler må finne frem til den forståelse av konvensjonen som ”har de beste grunner for seg”.

I forhold til tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24, betyr forrangsregelen at dersom slik plassering er å anse som straff i relasjon til TP 7-4, vil plasseringen hindre senere straffesak om det samme straffbare forhold.

2.3 Protokoll 7 til Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

Protokoll 7 til EMK ble vedtatt av Ministerkomiteen i Europarådet 22. november 1984 og trådte i kraft 1. november 1988. Den ble ratifisert av Norge 25. oktober 1988 og fikk virkning for Norge fra 1. januar 1989, jf. protokoll 7 artikkel 9 nr. 2.

Bakgrunnen for protokoll 7 var et ønske om å supplere menneskerettsvernet etter EMK med bestemmelser fra FN-konvensjonen fra 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP). Etter mønster fra SP artikkel 14 nr. 7 ble forbudet mot gjentatt straffeforfølgning inntatt i protokoll 7 artikkel 4. Fordi Norge mente at det knyttet seg usikkerhet til hvorvidt bestemmelsen i SP sperret for gjenopptakelse, ble det ved ratifikasjonen av denne tatt forbehold fra Norges side.³

2.4 Tolkning av EMK

EMK skal tolkes i samsvar med den vanlige språklige forståelsen av ordene og i lys av kontekst og formål, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 følgende.

² Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp)

³ Skoghøy (2003) s. 2

EMKs begreper er underlagt en autonom tolkning. Skal EMDs tilsyn av medlemsstatene være effektivt, må begrepenes innhold være de samme for alle medlemmene. Autonom tolkning er nødvendig for å hindre illojal tilpasning til og omgåelse av konvensjonens bestemmelser, samt for å oppnå en ensartet konvensjonsforståelse i de ulike statene.

Konvensjonens uttrykk er videre undergitt en dynamisk tolkning. Med dette menes at tolkningen må foretas i lys av samfunnsutviklingen. EMD legger ved tolkningen stor vekt på konvensjonens formål og på hensynet til å sikre rettigheter som er praktiske og effektive.⁴

EMD legger sjelden til grunn en streng ordlydsfortolkning. Domstolen legger imidlertid betydelig vekt på sin tidligere praksis, men er formelt ikke bundet av denne.⁵

EMK og alle dens protokoller er utformet både på engelsk og fransk, og språkene har samme gyldighet.⁶ Dette gir den fordel at hvor et uttrykk for eksempel i den engelske teksten volder tvil, kan en se hen til den franske teksten for en nærmere tolkning.

Det følger av den alminnelige folkeretten at traktaters forarbeider har begrenset rettskildemessig betydning. Forarbeidene kan jf. Wienkonvensjonen artikkel 32 benyttes til støtte for den tolkning som følger av artikkel 31 (se ovenfor), og kan bare gi grunnlag for å fravike ordlyden dersom en tolkning basert på denne ville medføre uklare eller utvilsomt absurde eller urimelig resultater.⁷

De forklarende rapportene som blir utarbeidet til tilleggsprotokollene til EMK, har ikke karakter av noen bindende autoritativ fortolkning av protokollene. Det er utover dette noe

⁴ Lorenzen (2003) s. 26-27

⁵ Lorenzen (2003) s. 39

⁶ Skoghøy (2003) s. 2

⁷ Jebens (2004) s. 52

uenighet i den juridiske teori vedrørende hvilken vekt rapportene skal tillegges ved tolkingen.⁸

Det er først og fremst EMD som har som oppgave å utvikle konvensjonen, men også Høyesterett foretar en selvstendig tolkning av konvensjonen etter den metode EMD benytter.⁹

⁸ Se for eksempel Jebens (2004) s. 52 og Skoghøy (2003) s. 11

⁹ Uttalt blant annet i Rt. 2000 s. 996 (Tilleggsskatt I)

3 Forbudet mot gjentatt forfølgning – TP 7-4 nr. 1

3.1 Bestemmelsens ordlyd

I den engelske teksten lyder TP 7-4 nr. 1 slik:

”Right not to be tried or punished twice

1. No one shall be liable to be tried or punished in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that state.”

Den norske oversettelsen lyder:

“Rett til ikke å bli stilt for retten eller straffet to ganger

1. Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en rettssak under den samme statsdomsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.”

3.2 Bestemmelsens formål og hensyn bak regelen

Forbudet mot dobbeltstraff er en viktig rettssikkerhetsgaranti for borgerne. EMD har i en rekke avgjørelser uttalt følgende om bestemmelsens formål:

”to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision”.¹⁰

¹⁰ For eksempel Fischer v. Austria, Gradinger v. Austria og Storbråten v. Norway

Høyesterett uttalte i plenumsdommen Dobbeltstraff I på side 568 at formålet er:

”å gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for det som allerede er straffesanksjonert fra samfunnets side ved en endelig avgjørelse”.

Hensynet bak bestemmelsen er i første rekke å sikre at den som har blitt utsatt for en forfølgning, på et tidspunkt skal kunne innrette seg etter at prosessen er endelig avgjort. Det er en grunnleggende menneskerettighet å kunne innrette seg etter dette, og ikke måtte leve i frykt for at en på nytt kan bli utsatt for forfølgning for det samme forholdet. Det er med andre ord rimelig ut fra innrettelseshensynet at alle de sanksjoner myndighetene ønsker å ilegge en borger med bakgrunn i en straffbar handling, ilegges i en og samme prosess. Av andre hensyn kan nevnes at regelen kan antas å medføre at saken blir bedre opplyst, ved at partene anstrenger seg for å fremskaffe alle relevante bevis når de bare har en anledning til å få prøvd saken for domstolene.¹¹

I noen tilfeller er det et velkjent faktum for borgerne at det forekommer kumulasjon av sanksjoner. Det kan da hevdes at hensynet til innrettelse svekkes. Som eksempel nevnes fratakelse av førerkort som en av flere reaksjoner på promillekjøring.¹²

Høyesterett uttalte om dette i Dobbeltstraff I-saken på side 571:

”Hvis et lovbestemt system åpner for dobbeltforfølgning, vil det ut fra intern rett være forutberegnelig – etter omstendighetene kanskje også sikkert – at man vil bli utsatt for ytterligere forfølgning. Men formålet – å verne mot ytterligere forfølgning hvor det er truffet en endelig avgjørelse – slår også til hvor det etter det nasjonale system legges opp til et nytt spor med en annen sanksjon basert på i det vesentlige samme grunnlag. Man kan si at det er nettopp slike systemer som artikkel 4 i Protokoll 7 skal forhindre.”

¹¹ Strandbakken (2002) s. 358

¹² Strandbakken (2002) s. 359

3.3 Kumulative vilkår for avvisning

3.3.1 Samme rettssubjekt

Det er et selvsagt vilkår for avvisning at den nye forfølgningen retter seg mot det samme rettssubjektet som den første forfølgningen rettet seg mot.

3.3.2 Samme stat

Forbudet får virkning når samme stat ønsker å ilegge en borger straff to ganger for det samme straffbare forholdet. Bestemmelsen sperrer ikke for at en borger straffes flere ganger av ulike stater, i den grad den øvrige lovgivning gjør dette mulig. En domstolsavgjørelse i en stat vil heller ikke hindre at straffesak om de samme forholdene fremmes for en internasjonal straffedomstol.¹³

3.3.3 Krav om straffeprosessuelle former?

Et spørsmål som har vært diskutert i juridisk litteratur, er hvorvidt det er et vilkår for sperring at den første avgjørelsen er truffet i straffeprosessuelle former. For norsk retts vedkommende ville dette medføre at forbudet mot dobbeltstraff bare får betydning hvor den første avgjørelsen er truffet i henhold til straffeprosessloven. Dette var lenge et uavklart spørsmål, idet både ordlyden, bestemmelsens formål og forarbeidene kunne tolkes i ulike retninger.

I Göktan-saken¹⁴ (se punkt 3.3.8.3.3) la imidlertid EMD til grunn at TP 7-4 ikke stiller krav om at den sperrende avgjørelsen må være truffet etter de interne straffeprosessuelle former. Saksøkeren hadde her blitt ilagt både en tollbot med subsidiær fengselsstraff og fengselstraff for brudd på narkotikalovgivningen. Da han ikke betalte boten, måtte han sone også den subsidiære fengselsstraffen. EMD kom til at den subsidiære fengselsstraffen ikke

¹³ Høstmølingen (2004) s. 211

¹⁴ Göktan v. France

bare var et pressmiddel for å inndrive boten, men at den utgjorde ”straff” i TP 7-4s forstand. EMD kom imidlertid til at det ikke forelå brudd på forbudet mot gjentatt forfølgning, idet Göktans handling hadde medført brudd på ulike straffebestemmelser.

Uttalelser fra Mjelde-saken¹⁵ (se punkt 3.3.8.3.7) tyder på at den tilsiktede meningen med uttrykket ”finally [...] convicted in accordance with the law and penal procedure of that state” var å klargjøre når en avgjørelse skal anses å være endelig, og ikke at den første saken må være truffet etter statens straffeprosessuelle former.

Etter gjeldende rett er det altså *ikke* et vilkår for sperring mot ny forfølgning at den første avgjørelsen er truffet i henhold til de straffeprosessuelle regler i vedkommende land.

3.3.4 Stilt for retten eller domfelt

Det følger av bestemmelsens ordlyd og av EMD-praksis at det ikke bare er ileggelse av ny sanksjon som er forbudt etter TP 7-4, men også det å *reise en ny sak* om forfølgning (”*tried or punished*”). EMD uttrykte dette slik i Fischer-saken¹⁶ (se punkt 3.3.9.4):

“Article 4 of Protocol No. 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be tried twice.”

Det er bare i de tilfeller der det innledes straffeforfølgning selv om en er klar over den tidligere straffeforfølgningen, at forbudet anses å være brutt. Dette ble fastslått i Zigarella-saken¹⁷. I denne avgjørelsen berodde den nye saken på en feil, og da retten ble klar over at den siktede hadde blitt strafferettslig forfulgt for de samme forholdene tidligere, ble saken innstilt. EMD anså ikke dette som et brudd på bestemmelsen.¹⁸

¹⁵ Mjelde v. Norway (s. 14)

¹⁶ Fischer v. Austria (avsnitt 29)

¹⁷ Zigarella v. Italy

¹⁸ Kjølbrot (2007) s. 866

3.3.5 Krav om enten frifinnelse eller domfellelse?

Et annet spørsmål er hvorvidt det er et vilkår for sperring mot senere forfølgning, at den første saken ble avsluttet med enten frifinnelse eller domfellelse.

Når en sak er henlagt, innstilt eller avgjort ved påtaleunntatelse, følger det av straffeprosessloven § 74 at ny straffeforfølgning som utgangspunkt er avskåret. På nærmere vilkår kan saken imidlertid likevel tas opp på ny. TP 7-4 dekker etter sin ordlyd ikke slike tilfeller, idet man ikke kan si at personen har blitt "tried or punished". Det kan reises spørsmål om en likevel må si at slike avgjørelser sperrer for at politiet senere gjenopptar saken. Spørsmålet er uavklart, og jeg avgrenser mot å gå nærmere inn på dette.

3.3.6 Endelig avgjort

Det er et vilkår for avvisning at den første avgjørelsen er endelig avgjort.

EMD uttalte som tidligere nevnt i Mjelde-saken (se punkt 3.3.8.3.7) at den tilsiktede meningen med uttrykket "finally [...] convicted in accordance with the law and penal procedure of that state" var å klargjøre at en avgjørelse skal anses å være "endelig" når den har fått kraften av "res judicata". På hvilket tidspunkt en avgjørelse blir endelig, avgjøres altså etter nasjonal lovgivning.

En avgjørelse fra en domstol er endelig idet den er rettskraftig. Disse reglene følger for norsk retts vedkommende av straffeprosesslovens kapittel 23.

Hvor den første avgjørelsen er et forvaltningsvedtak, har Høyesterett i Dobbeltraff I-saken lagt til grunn at det avgjørende tidspunkt er når borgeren er "avskåret fra å angripe" vedtaket. I dette ligger at dersom borgeren påklager vedtaket, vil avgjørelsen ikke være endelig før klagen er behandlet. Dette synspunktet harmonerer for øvrig med den

avgjørelsen EMD traff i R.T-saken¹⁹ som ble avsagt 30. mai 2000. Her kom domstolen til at det ikke var i strid med TP 7-4 at en person ble straffet for promillekjøring på samme tid som hans klagesak om inndragning av førerkort ikke var avgjort.²⁰

3.3.7 Ny forfølgning

Det følger av ordlyden i TP 7-4 at det bare er *ny* forfølgning den første avgjørelsen sperrer mot. I Konvensjonsteksten uttrykkes dette med ordene: ”*tried or punished again*” (min uth.). I dette ligger for det første at bestemmelsen ikke forbyr at det foretas to parallelle forfølgninger for de samme forholdene. Dette følger av R.T.-saken (se punkt 3.3.6). Følgelig må det trekkes en grense mellom parallell og ny forfølgning.

Det følger av EMD-praksis at det ikke er tilstrekkelig at den nye saken er påbegynt før den første saken er rettskraftig.²¹ R.T.-saken trekker i retning av at det må legges til grunn at forbudet mot gjentatt forfølgning ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor den parallelle forfølgning har kommet så langt at det er truffet vedtak om sanksjon i første instans før den sperrende avgjørelsen ble rettskraftig.²²

I Nilsson-saken²³ (se punkt 3.3.8.3.6) kom EMD til at inndraging av førerkort var å anse som straff, men at forbudet mot gjentatt forfølgning likevel ikke var overtrådt, idet de to sanksjonene hadde en ”sufficiently close connection”, både hva gjaldt innhold og tid. Det forelå med andre ord ikke en ”ny” forfølgning.

Dette er fulgt opp i norsk rettspraksis, se Rt. 2006 s. 1498. Høyesterett kom her til at selv om en fisketillatelse var trukket tilbake, ble ikke etterfølgende inndragning av ulovlig

¹⁹R.T. v. Switzerland

²⁰ Skoghøy (2003) s. 20

²¹ Sailer v. Austria

²² Skoghøy (2003) s. 26-27

²³ Nilsson v. Sweden

fangst vurdert å være i strid med forbudet mot dobbeltstraff. Dette fordi det var tidsmessig og saklig sammenheng mellom sanksjonene.

Videre følger det av norsk rettspraksis at bestemmelsen ikke forbyr at *reaksjonsfastsettelsen* foretas i flere etapper.²⁴ Så sant ordningen er kjent, eller den siktede blir varslet om ordningen, kan reaksjonsfastsettelse i flere omganger ikke anses som gjentakelse av en endelig avsluttet straffeforfølgning.²⁵ Et eksempel på en slik ordning er inndragning av førerkort ved promillekjøring og etterfølgende reaksjoner i form av bøter og eller fengsel. Som nevnt ovenfor vil innrettelseshensynet i slike tilfeller svekkes.

3.3.8 Straffbart forhold

3.3.8.1 Innledning

For å kunne ta stilling til om en stat har brutt forbudet mot dobbeltstraff, må en klargjøre hva som regnes som ligger i begrepet ”straff”.

Kjølbrotter uttaler at for at forbudet skal være overtrådt, må ”den første og den anden proces begge [...] vedrøre straffertlige lovovertrædelser”. Han viser i denne forbindelse til Storbråten-saken²⁶ og Mjelde-saken²⁷ (se punkt 3.3.8.3.7), hvor EMD kom til at konkurskarantene ikke var å anse som en anklage om en forbrytelse, men bare et virkemiddel med preventivt formål. Konkurskarantene hindret derfor ikke senere straffesak om de samme forholdene.²⁸

²⁴ Rt. 1990 s. 380, Rt. 2002 s. 1216 (Førerkort) og Rt. 2002 s. 1683

²⁵ Skoghøy (2003) s. 27

²⁶ Storbråten v. Norway

²⁷ Mjelde v. Norway

²⁸ Kjølbrotter (2007) s. 865

Det er videre klart at TP 7-4 ikke rammer tilfeller hvor den første saken er en straffesak, og den andre saken gjelder et sivilrettslig erstatningskrav med grunnlag i de samme handlingene.²⁹

EMD-praksis omkring straffebegrepet i TP 7-4 er relativt sparsom.³⁰ Straffebegrepet særlig i EMK artikkel 6, men også artikkel 7, har derimot en langt bredere praksis. Jeg vil i det følgende kort peke på noe av den praksis som foreligger om tolkningen av straffebegrepet i de ulike konvensjonsbestemmelsene. Deretter vil jeg drøfte hvorvidt EMK opererer med det samme straffebegrepet i hele konvensjonen.

3.3.8.2 Rettspraksis om EMKs straffebegrep

3.3.8.2.1 Engel-kriteriene

En viktig avgjørelse hva gjelder EMKs straffebegrep, er Engel-saken³¹. Denne gjaldt innholdet i uttrykket ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6 nr. 1, vurdert opp mot ulike typer militær refselse som vernepliktige soldater hadde blitt ilagt.

Domstolen fastslo først at den nasjonale bedømmelsen av sanksjonen ikke var avgjørende, men at den ville være et moment i vurderingen av hvorvidt en sanksjon er ”straff”.

EMD uttalte deretter at det avgjørende for hvorvidt en sanksjon skal anses som ”straff”, er bestemmelsenes formål eller karakter, samt den aktuelle sanksjonens art og innhold.

Domstolen tok utgangspunkt i at de militære refselsene var disiplinærreaksjoner, og at disse derfor måtte være av særlig inngripende karakter for å kunne bli ansett som straff etter

²⁹ Ovey (2006) s. 216

³⁰ Uttalt i *Göktan v. France*

³¹ *Engel and others v. The Netherlands*

EMK artikkel 6 nr 1. Alle de aktuelle sanksjonene bestod i frihetsberøvelse, men bare de mest langvarige (fra tre til seks måneder) ble ansett å være straff.³²

Av dommen kan det utledes tre hovedkriterier som skal vurderes ved avgjørelsen av om noe er å regne som en straffeanklage (criminal charge) etter konvensjonens artikkel 6 nr. 1. Disse kriteriene har i juridisk teori fått navnet ”Engel-kriteriene”, og kriteriene er:

- Inngrepets betegnelse i intern rett
- Lovbruddets karakter
- Sanksjonens innhold og alvor

Engel-kriteriene er senere fulgt opp i en rekke avgjørelser. Det følger av EMD-praksis at dersom sanksjonen anses som straff etter nasjonal rett, er dette avgjørende. I motsatt fall foretas en selvstendig vurdering av lovbruddets karakter og sanksjonens innhold og alvor. Som utgangspunkt er det tilstrekkelig at ett av disse kriteriene er oppfylt for at noe skal regnes som ”straff” i henhold til EMK art. 6.³³ Domstolen har imidlertid i flere dommer fremhevet at avgjørelsen også kan bero på en helhetsvurdering av handlingens og reaksjonens karakter. I Lauko-saken³⁴ uttalte EMD:

“... a cumulative approach may be adopted where the separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a “criminal charge.””

3.3.8.2.2 Disiplinærreaksjoner

Disiplinærreaksjoner kjennetegnes ved at de kan ilegges en nærmere bestemt gruppe mennesker for brudd på lydighetsplikt. Dette gjelder blant annet vernepliktige og innsatte i

³² Jebens (2004) s. 608

³³ Johnsen (2006) s. 14

³⁴ Lauko v. Slovakia (avsnitt 57)

fengsel. Det følger av praksis at det skal ganske mye til for å anse slike sanksjoner som straff, fordi personene allerede er undergitt restriksjoner.³⁵ Som hovedregel må det være tale om frihetsberøvelse for at slike inngrep skal anses som straff.³⁶

Høyesterett har behandlet spørsmålet om reaksjoner for ulike typer brudd på straffegjennomføringsloven må anses som straff. Halvering av dagpenger i ti dager grunnet bruk av narkotika ble i Rt. 2003 s. 1100 (Halvering av dagpenger) ikke ansett som straff, idet Høyesterett henviste til at praksis fra EMD setter strenge vilkår for å anse en disiplinærreaksjon som straff.

I Rt. 2004 s. 927 (Nektelse av prøveløslatelse) ble nektelse av prøveløslatelse grunnet tiltale for straffbart forhold ansett som straff både i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1 og TP 7-4. Høyesterett la i vurderingen vekt på sanksjonens innhold og alvor, og uttalte at det er den maksimale reaksjon som er utgangspunktet for vurderingen. Den siktede sonet en dom på tre år, og risikerte ett år ytterligere soning i og med nektelsen av prøveløslatelse. Forholdet utgjorde imidlertid likevel ikke et brudd på TP 7-4, idet Høyesterett kom til at sanksjonen ikke utgjorde en *endelig* domfellelse.

3.3.8.2.3 Tilleggsskatt

EMD behandlet i Bendenoun-saken³⁷ spørsmålet om hvorvidt administrativt ilagt tilleggsskatt falt inn under begrepet ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6 nr. 1. Skattyteren hadde blitt ilagt 100 % tilleggsskatt for skatteunndragelse. EMD la vekt på at reglene rettet seg mot enhver skattebetaler, at reaksjonen hadde karakter av straff, at bestemmelsen hadde avskrekkende og strafferettslig formål, og at tilleggsskatten utgjorde et betydelig beløp. Retten kom til at tilleggsskatten var å anse som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1.³⁸

³⁵ Engel and others v. The Netherlands og Rt. 2003 s. 1100 avsnitt 53

³⁶ Jebens (2004) s. 608

³⁷ Bendenoun v. France

³⁸ Jebens (2004) s. 609-610

Høyesterett har behandlet spørsmålet om tilleggsskattens forhold til EMK i flere saker de senere årene, herunder i fem plenumsavgjørelser.

Den første plenumsavgjørelsen er inntatt i Rt. 2000 s. 996 (Tilleggsskatt I). Her ble det avgjort at forhøyet tilleggsskatt er straff i forhold til EMK art. 6. Forhøyet tilleggsskatt med inntil 60 % kan bare ilegges når skattyteren forsettelig eller grovt uaktsomt har gitt ligningsmyndighetene uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. ligningsloven §§ 10-2 nr 1 jf. 10-4 første ledd.

I plenumsavgjørelsen Rt. 2002 s. 497 (Dobbeltstraff II) ble det avgjort at straffesak etter illeggelse av forhøyet tilleggsskatt om det samme forholdet utgjør dobbelt forfølgning i strid med TP 7-4.

I plenumsavgjørelsen Rt. 2002 s. 557 (Dobbeltstraff I) ble forhøyet tilleggsskatt ansett som straff i forhold til TP 7-4, også hvor tilleggsskatten er ilagt *før* straffesaken.

Rt. 2005 s. 129 gjaldt illeggelse av forhøyet tilleggsskatt kombinert med straff. Høyesterett fulgte opp de tidligere avgjørelsene om at forhøyet tilleggsskatt ikke kan kombineres med senere straffesak jf. TP 7-4. Flertallet (tre av fem dommere) kom til at det ved utmåling av botens størrelse må tas hensyn til hvilke andre reaksjoner som idømmes, herunder til tilleggsskattens størrelse.

Plenumsavgjørelsen Rt. 2002 s. 509 la til grunn at også ordinær tilleggsskatt faller inn under EMK artikkel 6 nr. 1. Med ordinær tilleggsskatt menes tilleggsskatt med 30 % jf. ligningsloven § 10-4 første ledd. Flertallet la i vurderingen stor vekt på lovbruddets karakter og den nære sammenhengen med forhøyd tilleggsskatt og vanlig straff, som har samme objektive gjerningsinnhold. Sanksjonens alvor var også et moment for å anse ordinær tilleggsskatt som straff.

I Rt. 2003 s. 1221 ble det i avsnitt 14 uttalt at de tidligere dommene har avgjort at ”ilagt tilleggsskatt stengte for senere straffeforfølgning”. I Rt. 2004 s. 645 uttalte Høyesterett i avsnitt 8: ”På denne bakgrunn vil også ileggelse av ordinær tilleggsskatt stenge for senere straffesak.”. Uttalelsene gir klart uttrykk for et synspunkt om at ileggelse av ordinær tilleggsskatt ikke kan kombineres med straffesak om de samme forhold. Begge uttalelsene er gitt i obiter dictum.

EMD avgjorde i Rosenquist-saken³⁹ (se punkt 3.3.8.3.5), avsagt 14. september 2004, spørsmålet om tilleggsskattens forhold til TP 7-4. Saken gjaldt de svenske reglene om tilleggsskatt og domfellelse for skattesvik. Klageren anså TP 7-4 som brutt, men klagen ble avvist som åpenbart grunnløs. For å ilegge tilleggsskatt var det ikke et vilkår at det forelå forsett eller grov uaktsomhet. Dette var imidlertid et sentralt vilkår for å kunne dømmes for skattesvik. EMD fant på bakgrunn av dette at overtredelsenes karakter var meget ulike. Videre hadde bestemmelsene forskjellige formål. Formålet bak reglene om skattesvik var utpreget pønale, mens tilleggsskatten skulle sikre skattefundamentet.⁴⁰

Rosenquist-saken ble truffet etter Høyesteretts plenumsavgjørelser fra 2002, og viser at Høyesterett i disse avgjørelsene har gått for langt ved å tillegge TP 7-4 sperrende virkning i forhold til tilleggsskatt. Dette fremkommer også av plenumsdommen Rt. 2006 s. 1409. Det som her ble avgjort, nemlig om ordinær tilleggsskatt, i motsetning til forhøyet tilleggsskatt, stenger for senere straffesak, hadde ikke vært oppe for Høyesterett tidligere. Høyesterett henviste til Rosenquist-saken, og fant at det ikke var grunnlag for å komme til en annen konklusjon enn EMD gjorde i denne saken. Høyesterett konkluderte med at bestemmelsene om ordinær tilleggsskatt og straff for skatteunndragelse skiller seg fra hverandre ”in their essential elements” og at reaksjonene derfor kan ilegges uavhengig av forbudet mot dobbeltstraff.

³⁹ Rosenquist v. Sweden

⁴⁰ Fra sammendrag av Rosenquist-saken inntatt i Rt. 2006 s. 1409

Som følge av denne avgjørelsen kan Norge opprettholde den tosporede ordningen hvor ordinær tilleggsskatt kan kombineres med straff, uavhengig av sanksjonenes rekkefølge.⁴¹

3.3.8.2.4 Inndragning

Spørsmålet om inndragning av gjenstander som har vært benyttet i en straffbar handling skal anses som straff i relasjon til TP 7-4, ble behandlet av Høyesterett i Greenpeace-saken⁴². Saken gjaldt inndragning av blant annet seks gummibåter som hadde vært benyttet av Greenpeace i aksjoner mot en norsk borerigg. Inndragningsvedtaket ble fattet i etterkant av straffesaken, og ett av spørsmålene for Høyesterett var om det forelå brudd på TP 7-4. Høyesterett henviste til at det avvergende elementet var avgjørende ved inndragningen, og ikke det strafferettslige. Det var da ikke naturlig å karakterisere inndragningen som straff, til tross for gjenstandenes betydelige verdi.

3.3.8.2.5 Rettighetstap

EMD har slått fast at inndragning av førerkort grunnet trafikklovbrudd må anses som straff i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1.⁴³ Høyesterett drøftet i Rt. 2002 s. 1216 (Førerkortsaken) spørsmålet om slik inndragning må anses som straff også etter TP 7-4. Saksforholdet var her at en bilfører hadde fått førerkortet inndratt fordi han hadde drukket alkohol før det hadde gått seks timer etter et trafikkuhell, jf. vegtrafikkloven § 31 jf. § 22 annet ledd. Høyesterett kom til at inndragningen var å anse som straff. Retten la vekt på at tiltaket var inngripende, at inndragningen var koblet direkte opp mot domfellelsen ved at rettens bedømmelse av forholdet var førende ved det etterfølgende vedtak om inndragningstidens lengde, samt at tiltaket var klart strafferettslig motivert. Forbudet mot gjentatt forfølgning ble imidlertid ikke ansett overtrådt, idet inndragningen ble sett på som en del av reaksjonsfastsettelsen i straffesaken, og dessuten kom svært kort tid etter denne.

⁴¹ Zimmer (2007) s. 370-373

⁴² Rt. 2002 s. 1271

⁴³ Malige v. France

Hvorvidt konkurskarantene må anses som straff i relasjon til TP 7-4 ble behandlet i tre Høyesterettsavgjørelser i 2003, avsagt samme dag.⁴⁴ De relevante drøftelsene ble foretatt i Rt. 2003 s. 1221, da denne ble votert først.

Retten fastslo først at konkurskarantene klassifiseres som sivilrettslig i intern rett. Retten så deretter hen til konkurskarantenens karakter og inngrepets hovedformål, som ikke er å straffe, men å beskytte andre. Høyesterett vektla at skyldkravet bare var ”skjellig grunn til mistanke”, og at formålet med karatene er å hindre at vedkommende fortsetter å utnytte selskapsformen til misligheter eller andre uheldige formål. Videre ble det lagt vekt på saksbehandlingsreglene, idet bostyrer i sin første innberetning til skifteretten er pålagt å foreta ”en vurdering av om det foreligger forhold som omfattes av reglene om konkurskarantene”, jf. konkursloven § 120 nr. 7. Verken bobestyrer eller tingretten vil ha noen stor mulighet til å knytte noen vurdering av mistankens styrke til *den enkelte handling*. Høyesterett mente derfor at tingrettens kjennelse er uegnet til å avgjøre hvilke konkrete straffbare handlinger som kan sies å være endelig pådømt. På denne bakgrunn fant Høyesterett at konkurskarantene ikke utgjør en endelig domfellelse i forhold til de straffbare forhold som ligger til grunn for konkurskarantenen. Inngrepet har videre et begrenset alvor, idet det bare medfører et forbud mot å stifte og lede nye selskaper med begrenset ansvar i en periode på to år. Høyesterett konkluderte etter dette med at karanteneinstituttet ikke kan anses som straff i konvensjonens forstand.

To av sakene ble brakt inn for EMD, hvor de i februar 2007 ble avvist som åpenbart ugrunnet (se punkt 3.3.8.3.7)⁴⁵. EMD la vekt på at skyldkonstatering ikke er påkrevd for å ilegge konkurskarantene, og at det grunnleggende vilkår for konkurskarantene er at det blir foretatt en konkret rimelighetsvurdering. Sanksjonen ble ansett å være administrativ, ikke strafferettslig, og det viktigste formålet er å virke preventivt. Videre ble det vektlagt at karantenen er tidsbegrenset og at den spiller en komplementær rolle til den senere

⁴⁴ Rt. 2003 s. 1221, Rt. 2003 s. 1241 og Rt. 2003 s. 1243

⁴⁵ Storbråten v. Norway og Mjelde v. Norway

straffeforfølgningen. Konkurskarantene og senere straffeforfølgning har dessuten ulike formål, og er også ulike i deres vesentlige elementer.⁴⁶

3.3.8.3 Konvensjonskonformt straffebegrep?

3.3.8.3.1 Innledning

Spørsmålet i dette avsnittet er hvorvidt straffebegrepets innhold er identisk i alle de konvensjonsbestemmelsene hvor det forekommer, eller med andre ord om EMK opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Dette spørsmålet må løses ut fra rettspraksis.

3.3.8.3.2 Welch-saken

I Welch-saken⁴⁷, avsagt 9. februar 1995, var forholdet at Welch ble dømt til 22 år fengsel for smugling av narkotika. I tillegg vedtok retten inndragning av et større pengebeløp tilsvarende hans inntekt av narkotikasmuglingen, med en subsidiær fengselsstraff. Welch hevdet blant annet at inndragningen var i strid med forbudet mot tilbakevirkende lover i EMK artikkel 7. Spørsmålet var om inndragningen kunne sies å være ”straff”.⁴⁸

EMD gav i avsnitt 28 anvisning på hvilke kriterier som gjelder ved avgjørelsen av straffebegrepet i artikkel 7:

“The wording of Article 7 §1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity.”

⁴⁶ Sammendrag av Storbråten v. Norway fra Lovdata

⁴⁷ Welch v. The United Kingdom

⁴⁸ Sammendrag av Welch v. The United Kingdom fra Lovdata

3.3.8.3.3 Göktan-saken

Spørsmålet om hvorvidt begrepet ”straff” har samme innhold i alle tilknytninger til EMK, er berørt i den tidligere nevnte Göktan-saken⁴⁹, avsagt 2. oktober 2002. Spørsmålet var her hvorvidt subsidiær fengselsstraff for unnlatelse av å betale en tollbot skulle regnes som straff i henhold til TP 7-4, til tross for at fengslingen bare hadde som hensikt å fremtvinge betaling av boten, og ikke hadde karakter av straff. EMD viste til Jamil-saken⁵⁰ hvor den hadde kommet til at slik fengsling var å anse som straff i henhold til konvensjonens artikkel 7. Domstolen uttalte deretter i avsnitt 48:

”The notion of what constitutes a ”penalty” cannot vary from one Convention provision to another”.

EMD gav altså uttrykk for at begrepet ”straff” ikke kan ha varierende betydning innad i konvensjonen, og kom derfor til at fengslingen var å anse som straff også i henhold til forbudet mot dobbeltforfølgning i TP 7-4. EMD synes med dette å ha avgjort at begrepet straff er det samme i artikkel 7 og i TP 7-4. Uttalelsen trekker videre klart mot at EMD opererer med et felles innhold av begrepet ”straff” i *alle* de bestemmelsene hvor uttrykket er benyttet, altså også i artikkel 6. Dette er imidlertid ikke uttalt direkte, og spørsmålet har vært gjenstand for debatt i rettspraksis og juridisk teori.

3.3.8.3.4 Brown-saken

Også i Brown-saken⁵¹, avsagt 29. juli 2003, var spørsmålet hvordan begrepet ”criminal offence” i artikkel 7 skal forstås. Saken gjaldt en disiplinærbot ilagt en advokat. EMD uttalte i avsnitt 1:

⁴⁹ Göktan v. France

⁵⁰ Jamil v. France

⁵¹ Brown v. The United Kingdom

“The Court recalls that, in deciding whether an offence is to be considered as criminal within the autonomous meaning of the Convention, the Court must adopt the three-fold test set out in the Engel case and have regard to the classification in domestic law, the nature of the offence itself and the nature and severity of the sentence which can be imposed.”

EMD henviste direkte til Engel-kriteriene ved vurderingen av om forholdet gikk inn under artikkel 7. Dette trekker i retning av at straffebegrepene i artikkel 6 og 7 må forstås som identiske, idet Engel-kriteriene jo tradisjonelt er tilknyttet artikkel 6.

3.3.8.3.5 Rosenquist-saken

I den tidligere nevnte Rosenquist-saken⁵², avsagt 14. september 2004, var spørsmålet hvorvidt tilleggsskatt og fengselsstraff for manglende levering av selvangivelse, samt domfellelse for skattesvik, var i strid med TP 7-4. EMD konkluderte med at det ikke forelå brudd på forbudet mot dobbeltstraff, og begrunnet dette med at forholdene ikke gjaldt ”de samme straffbare forhold”. Om straffebegrepet uttale EMD på side 10:

”Moreover, in its judgment in the case *Göktan v. France* [...] concerning Article 7 of the Convention and Article 4 of Protocol no. 7, the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention.”

Henvisningen til sin tidligere uttalelse trekker etter min mening i retning av at EMD har tatt et standpunkt om at straffebegrepet har det samme innholdet i hele konvensjonen.

⁵² Rosenquist v. Sweden

3.3.8.3.6 Nilsson-saken

I den tidligere nevnte Nilsson-saken⁵³, avsagt 13. desember 2005, var saksforholdet at Nilsson først ble idømt 50 timers samfunnstjeneste for promillekjøring og kjøring uten gyldig førerkort. En måned senere, etter at dommen hadde blitt rettskraftig, ble førerkortet hans inndratt ved et administrativt vedtak. Vedtaket ble opprettholdt gjennom tre administrative rettsinstanser. Spørsmålet for EMD var hvorvidt Nilsson hadde blitt utsatt for dobbelt straffeforfølgning. EMD uttalte på side 10:

”The first issue to be determined is whether the proceedings relating to the withdrawal of the applicant’s driving licence could be considered as “criminal” for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” respectively in Articles 6 and 7 of the Convention.”

Her gav EMD altså uttrykk for at “criminal” i TP 7-4 skal fortolkes i lys av de generelle prinsippene som gjelder for tolkningen av begrepene ”criminal charge” i EMK artikkel 6 og ”penalty” i artikkel 7. De faktorene som må tas i betraktning i denne vurderingen er gjengitt på side 11:

”... the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the purpose, nature and degree of severity of the measure; its national legal characterisation; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence, and the procedures involved in the making and implementation of the measure”.

EMD konkluderte med at inndragingen av førerkortet var å anse som straff, men at forbudet mot gjentatt forfølgning likevel ikke var overtrådt, idet de to sanksjonene hadde en ”sufficiently close connection”, både hva gjaldt innhold og tid. Det forelå med andre ord ikke en ”ny” forfølgning.

⁵³ Nilsson v. Sweden

3.3.8.3.7 Mjelde-saken og Storbråten-saken

EMD hadde den 1. februar 2007 to saker til behandling hvor Norge var part; de tidligere nevnte sakene Mjelde⁵⁴ og Storbråten⁵⁵. Sakene gjaldt spørsmålet om hvorvidt konkurskarantene må anses som straff i relasjon til TP 7-4.

I Mjelde-saken var saksforholdet at Mjelde i 1997 ble satt i konkurskarantene etter at selskapet han var daglig leder for og styremedlem i, ble slått konkurs. Han ble deretter dømt for grovt underslag og grov utroskap. Mjelde brakte saken inn for EMD, idet han anførte at han hadde blitt utsatt for brudd på forbudet mot dobbeltstraff.

EMD drøftet blant annet hvorvidt konkurskarantenen utgjorde ”a criminal matter” i henhold til TP 7-4 nr. 1. Domstolen uttalte først at dette spørsmålet må avgjøres ut fra en tolkning i lys av de generelle prinsippene som gjelder for uttrykkene ”criminal charge” og ”penalty” i EMK artikkel 6 og 7. Videre ble det uttalt:

”Hence, the Court will have regard to such factors as the legal classification of the *offence* under national law; the nature of the offence; the national legal characterisation of the *measure*; its purpose, nature and degree of severity; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence and the procedures involved in the making and implementation of the measure.”

Domstolen uttalte deretter at: ”This is a wider range of criteria than the so-called ”Engel criteria” formulated with reference to Article 6 of the Convention.”

I Storbråten-saken gjentok retten det den hadde uttalt om begrepet ”criminal matter” i Mjelde-saken. EMDs uttalelser i disse sakene trekker i retning av at det *ikke* er fullt samsvar mellom de kriterier som skal tas i betraktning ved avgjørelsen av straffebegrepet i henholdsvis EMK artikkel 6 og TP 7-4.

⁵⁴ Mjelde v. Norway

⁵⁵ Storbråten v. Norway

3.3.8.3.8 Høyesteretts praksis

Høyesterett har i en rekke saker de senere år drøftet hvorvidt EMK operer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Rettstilstanden synes imidlertid nå avklart i Rt. 2004 s. 927 (Nektelse av prøveløslatelse). Høyesterett konstaterte her først at nektelse av prøveløslatelse utgjorde straff etter artikkel 6. Spørsmålet var da om det samtidig ville innebære straff etter TP 7-4.

Aktor anførte at selv om Engel-kriteriene er utgangspunktet for vurderingen etter begge bestemmelsene, kan avveiningen av kriteriene falle forskjellig ut, i første rekke fordi reglene har ulikt formål. Førstvoterende uttalte at dette synspunktet hadde atskillig for seg, og at det også var forutsatt av Høyesterett i flere avgjørelser, herunder Dobbeltstraff I-saken og Førerkortsaken. Det ble videre vist til at Høyesterett i Greenpeace-saken⁵⁶ bygget sin avgjørelse på at straffebegrepene ikke er fullstendig sammenfallende. Førstvoterende uttalte imidlertid deretter:

”I senere avgjørelser har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det nettopp er tale om identiske begreper, jf. Rt-2003-1100, avsnitt 46 og 47, og kjennelse av 22. desember 2003, avsnitt 63, HR-2003-00735a-A63. For min del vil jeg mene at Høyesterett nå vanskelig kan fravike den rettsoppfatning som er lagt til grunn i de siste avgjørelsene.”

Etter dette fremstår det som rimelig klart at Høyesterett opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Det er dermed Engel-kriteriene som skal anvendes også ved vurderingen av straffebegrepet i TP 7-4.

3.3.8.3.9 Juridisk teori

Spørsmålet om et konvensjonskonformt straffebegrep er behandlet av ulike forfattere i den juridiske teori.

⁵⁶ Rt. 2002 s. 1271

Skoghøy⁵⁷ anfører at EMD i Göktan-saken (se punkt 3.3.8.3.3) sier at EMK opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Som støtte for sitt synspunkt henviser han til blant annet den tidligere nevnte Welch-saken, som tyder på at straffebegrepene er de samme i EMK artikkel 6 og 7.

Jebens⁵⁸ mener at blant annet de nevnte sakene Welch og Brown rekker i retning av at kriteriene i forhold til straffebegrepet er de samme i TP 7-4 som i EMK artikkel 6, uten at vurderingene nødvendigvis faller likt ut. Han mener at det avgjørende burde være hvilke rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende, og da særlig bestemmelsenes formål. De ulike formålene kan tilsi at anvendelsesområdet for EMK artikkel 6 nr. 1 bør være videre enn området for TP 7-4. Han mener imidlertid at Høyesterett nå har avklart spørsmålet, og at straffebegrepet etter dette er det samme i alle de ulike EMK-bestemmelsene.

Holmboe⁵⁹ er av samme oppfatning: ”Det må nå – i hvert fall etter Høyesteretts praksis, og vel også etter EMDs praksis – anses om avklart at straffebegrepet i de tre bestemmelsene er det samme.” Han viser til at hensynet til en enhetlig forståelse av begrepet har slått gjennom.

3.3.8.3.10 Oppsummering

Høyesterett synes å ha avklart rettstilstanden nasjonalt, og det må kunne slås fast at i alle fall Høyesterett opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Dette vil ha den betydning at det er Engel-kriteriene som skal anvendes i ethvert spørsmål knyttet til hvorvidt noe er å anse som ”straff”, både i relasjon til EMK artikkel 6, artikkel 7 og TP 7-4. Videre vil praksis fra både artikkel 6 og 7 være relevant ved tolkning av straffebegrepet i TP 7-4.

⁵⁷ Skoghøy (2003) s. 15-17

⁵⁸ Jebens (2004) s. 604-605

⁵⁹ Holmboe (2006) s. 43-44

Hvorvidt Høyesteretts standpunkt er i overensstemmelse med EMDs oppfatning av straffebegrepet, synes ut fra de foreliggende rettskilder å være noe uklart. Etter min mening kan de uttalelser EMD kom med i Göktan-saken vanskelig forstås på en annen måte enn at EMK opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. Flere senere avgjørelser støtter dette synspunktet.

EMDs uttalelser i Mjelde-saken og Storbråten-saken trekker imidlertid i en annen retning. For at noe skal anses som straff i relasjon til EMK artikkel 6 er det nok at de såkalte ”Engel-kriteriene” er oppfylt. For at noe skal anses som ”a criminal charge” i relasjon til TP 7-4, kan det ut fra disse dommene synes som at det kreves noe mer.

Uttalelsene fremstår som vanskelige å harmonisere med uttalelsene i Göktan-saken, Rosenquist-saken og Nilsson-saken, og det er etter min mening på bakgrunn av dette fremdeles ikke endelig avgjort hvorvidt EMK opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep.

Jeg nevner for øvrig at da Høyesterett avsa sin siste avgjørelse om spørsmålet om et konvensjonskonformt straffebegrep, forelå enda ikke Mjelde-saken og Storbråten-saken. Neste gang Høyesterett får seg forelagt spørsmålet vil den måtte se hen til EMDs avgjørelser i de nevnte sakene, og det kan tenkes at Høyesterett vil endre sitt synspunkt på bakgrunn av disse avgjørelsene. Uansett må det kunne sies at vurderingsmomentene ved tolkningen av straffebegrepet i de ulike bestemmelsene i konvensjonen er svært like, om enn kanskje ikke identiske.

3.3.9 Samme forhold

3.3.9.1 Innledning

Forbudet mot dobbeltstraff gjelder bare ny forfølgning for det samme straffbare forholdet (”the same offence”) som den første avgjørelsen rettet seg mot. Bestemmelsen hindrer ikke ny sak om en annen side av skyldspørsmålet enn den som allerede er avgjort. Jebens

formulerer identitetsproblemet som ”et spørsmål om hvilke forskjeller som må foreligge, faktisk eller rettslig, for at fortsatt straffeforfølgning ikke skal anses for å være i strid med TP 7-4 nr. 1.”⁶⁰

EMDs praksis viser at to vilkår må være til stede for at det skal dreie seg om ”det samme straffbare forholdet”:

- det må dreie seg om samme faktiske handling og
- det må ikke være noen vesensforskjell på de straffebud det er tale om å anvende

Det første vilkåret reiser ingen særskilte problemer. Er det tale om to ulike faktiske handlinger, vil det selvsagt være mulig å sanksjonere disse i to ulike forfølgninger, uten at dette kan karakteriseres som dobbeltstraff. Dette gjelder selv om handlingene er av samme eller likeartet slag. Står handlingene i en slik sammenheng til hverandre at de må anses som en fortsatt forbrytelse, vil det imidlertid stille seg annerledes.

Det andre vilkåret krever nærmere omtale. En handling kan i mange tilfeller rammes av flere straffebud (idealkonkurrens). Skiller straffebudene seg tilstrekkelig fra hverandre, kan overtredelsene forfølges uavhengig av hverandre uten hensyn til forbudet mot dobbeltstraff.

Det nærmere vurderingstema for hva som må anses som ”samme straffbare forhold” må utledes av rettspraksis, og det foreligger flere sentrale avgjørelser fra EMD. De viktigste gjennomgås nedenfor.

3.3.9.2 Gradinger-saken

I Gradinger-saken⁶¹ var saksforholdet at Gradinger hadde forårsaket en bilulykke hvor en syklist omkom. Det ble konstatert at Gradinger hadde en alkoholkonsentrasjon på 0,8

⁶⁰ Jebens (2004) s. 615-616

⁶¹ Gradinger v. Austria

promille, og han ble dømt for uaktsomt bilrap. Han ble idømt en bot med en subsidiær fengselsstraff, idet promillen ikke var høy nok til at han kunne dømmes for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol.

Han ble av administrative myndigheter senere ilagt en bot for promillekjøring basert på samme faktiske handling. En ny medisinsk rapport viste nå at han hadde hatt en alkoholkonsentrasjon på minst 0,95 promille.

Spørsmålet for EMD var om Gradinger hadde blitt utsatt for gjentatt forfølgning i strid med TP 7-4, nærmere bestemt hvorvidt han hadde blitt forfulgt to ganger for ”det samme straffbare forhold”, ved å først bli frifunnet for å ha vært påvirket over 0,8 promille som var grensen i den første saken, og deretter bli utsatt for en ny sak hvor staten påstod at han likevel hadde hatt en alkoholkonsentrasjon over 0,95 promille. EMD kom til at forbudet mot dobbelt forfølgning var overtrådt, og begrunnet dette i avsnitt 55 blant annet med:

“The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose. It further observes that the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4).”

EMD understreket at Gradinger hadde blitt straffet to ganger for den samme faktiske handlingen. Videre påpekte retten at selv om straffebudene hadde forskjellig karakter, formål og utforming, var forskjellene så små at overtreddene måtte betraktes som det samme straffbare forhold.⁶²

⁶² Skoghøy (2003) s. 35

Dommen viser at når en person forfølges to ganger med grunnlag i samme faktiske handling, vil dette innebære dobbelt forfølgning av ”samme straffbare forhold” med mindre straffebudene har så ulik karakter, formål og utforming at de likevel må karakteriseres som ulike straffbare forhold.

3.3.9.3 Oliveira-saken

I Oliveira-saken⁶³ hadde Oliveira forårsaket en bilulykke som medførte en alvorlig personskade. Det var snø og is på veiene den aktuelle dagen, og Oliveira hadde sklidd over i feil kjørebane og truffet en bil og kollidert med en annen. Hun ble ilagt en bot for brudd på veitrafikklovens bestemmelse om å ikke tilpasse farten til veiforholdene.

Et par år senere ila statsadvokaten henne en bot med hjemmel i straffeloven for å ha forårsaket en alvorlig personskade den aktuelle dagen. Oliveira anket boten inn for rettsapparatet hvor den ble noe nedsatt av retten, idet den andre boten konsumerte forholdene som hun alt hadde blitt bøtelagt for. Oliveira brakte saken inn for EMD, under henvisning til forbudet mot gjentatt forfølgning.

EMD fant at dette var et typisk eksempel på idealkonkurrens, og uttalte i avsnitt 26:

“The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one.

There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concours idéal d’infractions*) one criminal act constitutes two separate offences.”

⁶³ Oliveira v. Switzerland

EMD konkluderte med at både gjerningsbeskrivelsene og de interesser de ulike straffebudene var ment å skulle beskytte, var så vesensforskjellige at det ikke var tale om ”det samme straffbare forhold”. Det forelå derfor ikke brudd på TP 7-4.

EMD påpekte i avsnitt 27 at det beste hadde vært om begge forholdene ble sanksjonert i samme prosess, ved at politiet burde oversendt saken til statsadvokaten med det samme, men konkluderte med at dette var irrelevant for hvorvidt det forelå brudd på TP 7-4.

Dommen viser at ulikheter i gjerningsbeskrivelse samt hvilke interesser straffebudene søker å beskytte, gjør det mulig å straffe en person flere ganger for samme faktiske handling, dersom handlingen rammes av flere straffebud.

3.3.9.4 Fischer-saken

I den tidligere nevnte Fischer-saken⁶⁴, hadde Fischer under påvirkning av alkohol kjørt ned en syklist som døde av skadene han pådro seg. Fischer ble ilagt en bot med en subsidiær fengselsstraff for brudd på flere veitrafikkbestemmelser, herunder promillekjøring. Senere ble han dømt for uaktsomt drap under alkoholpåvirkning, med hjemmel i straffeloven. Han ble idømt seks måneders fengsel. Fischer fikk straffen redusert til fem måneders fengsel ved benådning, men brakte senere saken inn for EMD.

EMD uttalte i avsnitt 23 om Gradinger-saken og Oliveira-saken at disse “appears somewhat contradictory”. Domstolen forsøkte nå å harmonisere den uoverensstemmelse som forelå mellom Gradinger-saken og Oliveira-saken.

Domstolen uttalte i avsnitt 24 at den i Gradinger-saken kom til at det forelå brudd på forbudet mot dobbeltfølgning, selv om sanksjonene skilte seg fra hverandre i karakter og dessuten hadde ulike formål, idet begge avgjørelsene var basert på samme handling. I

⁶⁴ Fischer v. Austria

Oliveira-saken ble det ikke konstatert brudd på bestemmelsen, idet denne saken utgjorde et typisk eksempel på at en faktisk handling kan innebære brudd på flere straffebud.

EMD tok avstand fra å bare legge vekt på hvorvidt det var tale om flere lovovertridelser. Det ble fremhevet at det forekommer saker hvor:

”one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others.”

Domstolen anerkjente at det finnes tilfeller hvor en handling i utgangspunktet fremstår som å omfatte mer enn én krenkelse, men som etter en nærmere gjennomgang likevel bare burde bli forfulgt etter den ene bestemmelsen, idet denne konsumerer den andre. Det avgjørende ble uttalt å være hvorvidt de ulike lovovertridelsene “have the same essential elements”. I dette ligger en vurdering av i hvor stor grad bestemmelsene og reaksjonene er sammenfallende.

I avsnitt 27 heter det at det kan anføres at det er dette som skiller Gradinger-saken fra Oliveira-saken. I Gradinger-saken skilte ikke de vesentlige elementene (“the essential elements”) ved promillekjøring seg fra de spesielle omstendighetene i den andre avgjørelsen; å kjøre bil med et alkoholnivå høyere enn 0,8 promille. I Oliveira-saken var det ingen slik overlapning av konsumering (“overlap of the essential elements”) av vilkårene i straffebestemmelsene.

EMD gikk deretter i avsnitt 28 videre med å slå fast at Fischer først hadde blitt dømt av en administrativ myndighet for promillekjøring og dermed brudd på veitrafikkloven. Deretter ble han i straffeprosessuelle former dømt for uaktsomt drap etter straffeloven ved å “allowing himself to become intoxicated”. Retten påpekte at det forelå to forskjeller mellom Gradinger-saken og Fischer-saken: For det første ble prosessene foretatt i omvendt rekkefølge. For det andre forelå det i Fischer-saken ikke noen motstrid mellom det faktum

den administrative myndigheten og domstolen la til grunn, idet begge fant at den domfelte hadde hatt en alkoholprosent større enn 0,8 promille.

Domstolen fortsatte imidlertid i avsnitt 29 med å si at disse forskjellende ikke var avgjørende. Spørsmålet om hvorvidt forbudet mot dobbeltstraff var brutt ”concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted.” Sanksjonenes rekkefølge spiller altså ingen rolle ved avgjørelsen av om en person har blitt utsatt for gjentatt forfølgning.

Videre uttalte domstolen:

“Article 4 of Protocol No. 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be tried twice. What is decisive in the present case is that, on the basis of one act, the applicant was tried and punished twice, since the administrative offence of drunken driving under sections 5 (1) and 99 (1)(a) of the Road Traffic Act, and the special circumstances under Article 81 § 2 of the Criminal Code, as interpreted by the courts, do not differ in their essential elements.”

Domstolen konkluderte med at Fischer hadde blitt utsatt for gjentatt forfølgning i strid med TP 7-4, på bakgrunn av at det forelå en slik identitet mellom de to straffebudene han hadde blitt dømt etter, at det måtte anses som ”samme straffbare forhold”, idet straffebudene hadde ”the same essential elements”.

3.3.9.5 Rosenqvist-saken

I den tidligere nevnte Rosenqvist-saken⁶⁵ fulgte EMD opp sin avgjørelse i Fischer-saken. Det ble lagt til grunn at det ved avgjørelsen av om to straffereaksjoner gjelder samme forhold, må vurderes om de to overtredelsene har de samme grunnleggende elementer eller ikke. Særlig ble det lagt vekt på forskjellen i kravene til subjektiv skyld. For ileggelse av

⁶⁵ Rosenqvist v. Sweden

tilleggsskatt var det tilstrekkelig at det ikke var levert pliktig oppgave innen fristen, og det var ikke krav om subjektiv skyld. For å domfelle for skatteunndragelse var det imidlertid et krav om forsett. På bakgrunn av dette konkluderte EMD med at det ikke dreide seg om ”de samme straffbare forhold”, og forbudet mot gjentatt forfølgning var derfor ikke overtrådt.

3.3.9.6 Oppsummering

Som omtalt ovenfor er det i følge EMDs praksis et vilkår for at to straffbare forhold skal anses som samme forhold, at det er tale om samme faktiske handling og at det ikke er vesensforskjell på straffebudene. Det må med andre ord foreligge en form for strafferettslig identitet mellom straffebudene. EMDs praksis viser at det ved tolkningen av om det foreligger vesensforskjell på straffebudene, skal benyttes følgende vurderingstemaer:

- i) er de objektive vilkår for å ilegge sanksjon (gjerningsbeskrivelsene) de samme?
- ii) øvrige vilkår for å ilegge sanksjon
- iii) straffebudenes eller inngrepshjemlenes formål og hvilke interesser de skal beskytte

Når forskjellige forbrytelser som springer ut av den samme faktiske handlingen straffefølges i flere omganger, er det avgjørende i forhold til TP 7-4 hvorvidt de ulike forbrytelsene i det vesentlige inneholder de samme elementer. Gjør de det, vil det foreligge krenkelse av bestemmelsen.⁶⁶

⁶⁶ Kjølbrot (2007) s. 866

4 Tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24

4.1 Innledning

Jeg vil i det resterende av oppgaven behandle temaet dobbeltstraff i lys av tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24. Jeg vil i kapittel fire redegjøre for tvangsplassering, mens jeg i kapittel fem vil se nærmere på hvorvidt tvangsplassering hindrer senere straffesak.

4.2 Definisjon

Det fremgår av barnevernloven § 4-24 første ledd, at med ”tvangsplassering” menes plassering i institusjon uten samtykke fra barnet eller den som har foreldreansvaret.

4.3 Formål

Straffelovkommisjonen foreslo i NOU 1983:57 at alle straffeprosessuelle bestemmelser skulle tas ut av barnevernloven og inntas i straffeprosessloven. Sosiallovutvalget fulgte opp dette synet i NOU 1985:18, og endringene ble vedtatt ved barnevernloven av 1992.

Bakgrunnen var at man ønsket å tydeliggjøre det tosporede systemet for tiltak overfor unge lovbyggere. Tiltak etter de to lovene skulle ha klare formålsbaserte skiller.

Dette forutsatte et samarbeid mellom påtalemyndigheten og barnevernet, hvor påtalemyndigheten skulle underrette barnevernet om kriminelle forhold. Ansvar for å iverksette eventuelle behandlingstiltak ble lagt til barnevernet. Barnevernets tiltak skulle motivere påtalemyndigheten til redusert bruk av varetekt og frihetsstraff, idet behandlingshensynet skulle tillegges stor vekt.⁶⁷

I NOU 2002:12 heter det i punkt 14.6 om barnevernloven § 4-24s formål:

⁶⁷ Brynildsrud (2006) s. 20

”I forarbeidene til barnevernloven argumenterte sosiallovutvalget for at tiltak for barn med atferdsproblemer skulle begrunnes ut fra hensynet til barnets beste og ikke ut fra ”samfunnets behov for beskyttelse mot lovbrytere eller mot personer som er farlige for andre.” Utvalget la altså vekt på at sosialtjenestens tiltak skal gjelde omsorg og behandling av hensyn til barnet selv, og fant det uheldig om sosialtjenesten også skulle tillegges oppgaver av samfunnsbeskyttende karakter. En slik sammenblanding av målsettinger ville etter sosiallovutvalgets oppfatning lett føre til en mer omfattende tvangsbruk enn strengt tatt nødvendig, og en utvikling i retning av fengselsliknende tilstander i lukkede institusjoner.”

Bestemmelsens formål er altså utelukkende omsorg og behandling av hensyn til barnet, og verken straff eller samfunnets behov for beskyttelse kan begrunne tvangsplassering. Dette er begrunnet med at en slik sammenblanding ville kunne skape uklare retningslinjer rundt hjelpeapparatets målsettinger, vanskeliggjøre arbeidet, og dessuten føre til en mer omfattende tvangsbruk enn nødvendig.⁶⁸ Dette følger også av det overordende prinsippet om hensynet til barnets beste inntatt i barnevernloven § 4-1.

4.4 Vedtakskompetanse

Det er fylkesnemnda for sosiale saker som har vedtaksmyndighet i saker om tvangsplassering jf. barnevernloven § 4-25 annet ledd. Vedtaksmyndigheten er lagt til nemnda blant annet for å sikre at slike inngripende tiltak fattes av et organ med sterk faglig integritet.⁶⁹ Midlertidig vedtak kan på nærmere vilkår treffes av barnevernadministrasjonens leder og av påtalemyndigheten.

4.5 Vilkår

Vilkårene for å tvangsplassere barn på grunnlag av barnets atferd er strenge.

⁶⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 59

⁶⁹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 60

Grunnvilkårene er inntatt i barnevernloven § 4-24 første ledd, og lyder:

”Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker

- ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet,
- ved vedvarende misbruk av rusmidler eller
- på annen måte”.

Med grunnvilkåret at barnet må ha vist ”alvorlige atferdsvansker”, menes særlig barn som befinner seg i ”en særlig tilspisset eller kritisk situasjon på grunn av vedvarende rusmisbruk, alvorlig og gjentatt kriminalitet, eller annen form for utpreget normløs atferd”.⁷⁰

I tillegg må *ett* av de tre alternative vilkårene være oppfylt. Det vil si at de alvorlige atferdsvanskene må ha vist seg ved at barnet har begått alvorlig eller gjentatt kriminalitet, ved at barnet har hatt et vedvarende misbruk av rusmidler eller ”på annen måte”.

I Ot.prp.nr.44 (1991-1992) gis det en del forklaringer på de nevnte begrepene. Jeg vil bare omtale vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”, da det bare er dette som er relevant for oppgavens problemstilling.

Med ”alvorlig kriminalitet” menes i første rekke de tilfellene hvor det foreligger volds- eller sedelighetsforbrytelse av alvorlig karakter. Med ”gjentatt” kriminalitet er det blant annet tenkt på tilfellene hvor vedkommende har gjort seg skyldig i serier av tyverier eller hæverk.

Utover dette kreves også at det er *nødvendig og ønskelig* å tvangsplassere barnet. Har barnet begått kriminalitet, skal valget av tiltak ses i sammenheng med tiltak som eventuelt

⁷⁰ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 60

iverksettes av påtalemyndighet og domstol.⁷¹ Ved lovendring av 21. mars 2003 ble påtalemyndigheten i straffeprosessloven § 71b gitt adgang til å overføre en sak til barneverntjenesten, dersom handlingen er begått av en person under 15 år, og handlingen derfor ikke er straffbar. Slik kan saken avsluttes fra politiets side, uten at henleggelse blir resultatet. Det blir deretter barnevernets avgjørelse hvorvidt saken skal følges opp med ulike tiltak overfor den unge. Overføringen vil i følge departementet ”ikke innebære noen egentlig strafferettslig reaksjon.”⁷²

Ved lovendring av samme dato i samme lovs § 224, ble politiet pålagt å etterforske saker hvor den antatte gjerningsmannen er mellom 12 og 15 år. Departementet uttalte i forarbeidene at denne bestemmelsen er ønskelig ut fra flere hensyn. Den unge lovbrakeren får gjennom politiets etterforskning av saken beskjed om at samfunnet tar lovbruddet alvorlig. Videre har etterforskning og oppklaring en allmennpreventiv og individualpreventiv effekt. Etterforskning og oppklaring sikrer dessuten at barnets foresatte blir kjent med lovbruddet, og de gis slik en anledning til å følge opp barnet. Også hensynet til fornærmede taler for en etterforskningsplikt. Det vises videre til tvangstiltak etter barnevernloven § 4-24, som forutsetter at barnevernet kan dokumentere at barnet har begått de kriminelle handlingene som begrunner tvangsplasseringen. Barnevernet har ingen etterforskningskompetanse, og er i så måte avhengig av politiets etterforskning av saken. Sistnevnte hensyn la departementet stor vekt på. En etterforskningsplikt skaper en bro mellom politiet og barnevernet, slik at nødvendige tiltak kan iverksettes overfor barnet.⁷³

Er den antatte gjerningsmannen under 12 år, har politiet ikke plikt, men adgang, til å etterforske forholdet.

Departementet foreslo at straffeprosessloven § 226 skulle endres slik at det skulle fremgå at formålet med etterforskning kan være å tjene som forberedelse for barneverntjenestens

⁷¹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 114

⁷² Ot.prp.nr.106 (2001-1002) pkt. 3.3.3

⁷³ Ot.prp.nr. 106 (2001-2002) pkt. 3.1.4

behandling av spørsmålet om det skal settes i verk tiltak etter barnevernloven.⁷⁴ Dette ble inntatt som ett av flere mulige formål med etterforskningen, jf. straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav e.

Som ellers i barnevernloven har barnevernet plikt til å vurdere alternative og mindre inngripende tiltak før vedtak om tvangsplassering fattes, jf barnevernloven § 4-25. Med dette menes hjelpetiltak som for eksempel bruk av støttekontakt, tilsynsfører eller avlastningshjem jf. barnevernloven § 4-4. Tvangsplassering er et svært inngripende tiltak, og skal være siste utvei.

Er de nevnte vilkårene oppfylt, hjemler loven en adgang til å tvangsplassere barnet i en institusjon for observasjon, undersøkelse og korttidsbehandling i inntil til fire uker, eller kortere dersom dette er fastsatt i vedtaket. Ved et nytt vedtak kan perioden forlenges med opptil fire nye uker. Adgangen til tvangsplassering er altså i utgangspunktet begrenset til maksimalt åtte uker. Denne tiden er ment å skulle brukes til observasjon, undersøkelse, korttidsbehandling og planlegging med sikte på å finne et egnet opplegg for videre behandling, i eller utenfor institusjon. Det er imidlertid ikke noe i veien for å fatte nye vedtak om plassering etter en tid, selv om barnet har vært tvangsplassert i en periode på åtte uker tidligere. Dette er begrunnet ut fra behovet for å igjen foreta plassering for observasjon og korttidsbehandling.⁷⁵

4.6 Langtidsplassering

Barnevernloven § 4-24 annet ledd hjemler en utvidet tvangsplasseringsadgang. Ut over de nevnte vilkårene ved korttidsplassering, kreves det ved langtidsplassering også at barnet trolig har *behov for mer langvarig behandling*. I slike tilfeller kan det vedtas at barnet skal tvangsplasseres i en behandlings- eller opplæringsinstitusjon i opptil tolv måneder. Det er som nevnt et overordnet prinsipp i barnevernloven at det aldri skal iverksettes mer

⁷⁴ Ot.prp.nr.106 (2001-2002) pkt. 3.2.4

⁷⁵ Ot.prp.44 (1991-1992) s. 61-62

inngripende tiltak enn nødvendig, og nemnda har derfor mulighet til å fatte vedtak om at tvangsplasseringen skal vare kortere enn tolv måneder.

Departementet viste i forarbeidene til det man visste om behandling i praksis, særlig av unge rusmisbrukere, og la til grunn at det ville ha en heldig effekt på behandlingen om behandlingstiden ble satt til 12 måneder. Særlig fremhevet ble behovet for fagkyndig psykiatrisk hjelp, behovet for opplæring i det å forholde seg til og samarbeide med andre, samt behovet for arbeidstrening eller utdanning.⁷⁶

Departementet anså tvangsbehandling i mer enn tolv måneder å være uheldig.⁷⁷ Det ble imidlertid vedtatt at det ved nytt vedtak i ”særlige tilfeller” kan besluttes å utvide plasseringsperioden med opptil tolv nye måneder. Ved forlengelse er det avgjørende hvorvidt barnet kan gis ytterligere hjelp ved fortsatt tvangsplassering.

Beviskravet til behovet for behandling er satt til ”trolig”. Dette antas å være oppfylt når behandlingsbehovet ut fra en faglig vurdering fremstår som nærliggende eller sannsynlig.⁷⁸

4.7 Institusjonen

Hvilke institusjoner som kan benyttes bestemmes av statlig regional barnevernmyndighet jf. barnevernloven § 4-27. Departementet henviser i forarbeidene til institusjoner som hører under lov om sosiale tjenester og lov om psykisk helsevern, samt ulike former for bo- og arbeidskollektiver. Det er ikke nødvendig at institusjonene utelukkende huser barn som er tvangsplasserte etter barnevernloven.⁷⁹ Det kan også bestemmes at barn skal plasseres i

⁷⁶ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 61-62

⁷⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 62

⁷⁸ Ofstad (2004) s. 221

⁷⁹ Ot.prp.44 (1991-1992) s. 61

fosterhjem, men dette må i tilfelle ha særlige forutsetninger for å kunne løse de problemene som foreligger.⁸⁰

Vedtak om tvangsplassering kan bare treffes dersom institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby barnet tilfredsstillende hjelp. Hvorvidt hjelpen kan anses tilfredsstillende skal avgjøres i forhold til plasseringens formål, jf. barnevernloven § 4-24 siste ledd.

4.8 Fortløpende oppfølging

Lovgiver har pålagt barnevernet å fortløpende følge opp plasseringen, og når den har vart i seks måneder skal tiltaket vurderes på nytt. Det som skal vurderes er resultatet av oppholdet de første seks månedene, og hvorvidt det er behov for å opprettholde plasseringen for hele perioden.⁸¹ Viser det seg at slikt behov ikke foreligger, vil vilkårene for å holde barnet i institusjonen med tvang ikke lenger være til stede.

4.9 Aldersbegrensning?

Adgangen til tvangsplassering er ikke aldersbegrenset nedad, men departementet bemerket i forarbeidene til loven at det må antas at tvangsplassering i praksis særlig vil bli benyttet overfor noe større barn. På grunn av at barn under 15 år ofte er for umodne til å ha partsrettigheter og å ivareta egne interesser, anbefalte departementet at tvangsplassering bare skulle kunne benyttes overfor barn over 15 år.⁸² Lovgiver valgte imidlertid en annen løsning; barnet regnes alltid som part i saken jf. barnevernloven § 6-3 annet ledd i.f, og en nedre aldersbegrensning for tvangsplassering ble ikke inntatt i loven. Dette var i overensstemmelse med Sosiallovutvalgets anbefalinger.⁸³ Det er imidlertid grunnlag for å si at barnevernet generelt endrer syn på de underliggende grunner for barnets atferd når det

⁸⁰ Lindboe (2006) s. 66

⁸¹ Inst.O.nr.80 (1991-1992)

⁸² Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 62

⁸³ Ot.ptp.nr.44 (1991-1992) s. 59

når 12-13-års alderen. Før dette betraktes barnet som utsatt for omsorgssvikt. Etter dette betraktes de som atferdsvanskelige.⁸⁴ Det er først når barnet betraktes som atferdsvanskelig at tvangsplassering vil være aktuelt jf. vilkårene for slik plassering.

Når det gjelder aldersbegrensningen oppad, følger det av lovens hovedregel inntatt i barnevernloven § 1-3 første ledd at tvangstiltak etter loven må iverksettes før barnet fyller 18 år. Lovens § 4-24 tredje ledd gjør imidlertid et unntak fra dette, ved at det bestemmes at dersom plasseringen er iverksatt før barnet fyller 18 år, kan tvangsplasseringen opprettholdes selv om vedkommende når myndighetsalderen i løpet av plasseringstiden.

4.10 Rettspraksis

Det foreligger ikke realitetsavgjørelser fra Høyesterett om bruken av tvangsplassering. Ved søk på Lovdata fremkommer det få underrettsdommer, hvilket synes å illustrere at overprøving av vilkårene i barnevernloven § 4-24 sjelden bringes inn for domstolene. Jeg avgrenser mot å gå nærmere inn på de foreliggende underrettsavgjørelsene.

I Rt. 1994 s. 1340 ble et søksmål avvist grunnet manglende rettslig interesse, fordi tiltaket på tidspunktet for kjæremålsutvalgets behandling hadde opphørt. Tiltakene vil som nevnt alltid være tidsbestemt avgrenset, og dette gjør det vanskelig å nå frem med en sak i tide. Dette er uheldig ut fra barnas rettssikkerhetshensyn, og ut fra hensynet til manglende avklaring og dermed enhetlig bruk av tvangsmidlet på landsbasis.⁸⁵

4.11 Gir tvangsplassering rett til varetektsfradrag?

Høyesterett behandlet i Rt. 2000 s. 822 spørsmålet om hvorvidt tvangsplassering etter barnevernloven gir rett til varetektsfradrag. Saken gjaldt en 17 år gammel gutt som ble dømt til fengsel i tre år og fire måneder, hvorav ett år ble gjort ubetinget, for voldtekt under

⁸⁴ NOU 2000:12 punkt 14.5

⁸⁵ Ofstad (2004) s. 211

butikkran. Han hadde tidligere vært tvangsplassert etter barnevernloven. Høyesterett fastslo at tvangsplassering ikke gir rett til varetaktsfradrag, men at tvangsplasseringen skal få betydning for straffeutmålingen.

4.12 Kort om FNs barnekonvensjon

Norge ratifiserte FNs barnekonvensjon den 8. januar 1991, og ved lov av 1. august 2003 nr. 86 ble konvensjonen med tilleggsprotokoller inkorporert i norsk lov. Loven trådte i kraft fra 1. oktober 2003. Artikkel 40 nr. 2b (i) slår fast at Norge har forpliktet seg til at:

”ethvert barn som blir beskyldt for eller anklaget for å ha overtrådt straffelovgivningen, i det minste skal ha følgende garantier: bli ansett som uskyldig til skyld er bevist i henhold til lov ...”.

I brev av 6. desember 1996 fra Justisdepartementets lovavdeling til Barne- og familiedepartementet, ble forholdet mellom barnevernloven § 4-24 og bestemmelsene i FNs barnekonvensjon drøftet. Brevet er gjengitt i Ofstad/Skar: Barnevernloven med kommentarer (1999), side 170. Departementets syn er at barnevernloven § 4-24 må forstås slik at det er et vilkår for institusjonsplassering på grunnlag av alvorlig eller gjentatt kriminalitet, at både de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt.

Barne- og familiedepartementet har på bakgrunn av praksis fra EMD, i Ot.prp.nr.61 (1997-1998) på side 33, konkludert med at uskyldspresumsjonen må komme til anvendelse når vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven er begrunnet med at barnet har begått straffbare handlinger. Høyesteretts flertall i Barnevernkjennelse I (grundig omtalt senere) sluttet seg til dette synet, og uttalte:

”Som følge av dette må det i tilfeller hvor det er alvorlig eller gjentatt kriminalitet som er grunnlaget for institusjonsplassering, føres bevis for barnets skyld, og prosessen for fylkesnemnda må - i tillegg til å oppfylle kravene i barnekonvensjonen - tilfredsstille de

krav som EMK stiller til behandling av straffesaker, og ha karakter av strafferettslig forfølgning for de aktuelle straffbare forholdene.”

I NOU 2000:12 uttales det i punkt 14.6 at barnet vil ha rett til ”å få forholdet avgjort uten forsinkelse av en kompetent, uavhengig og upartisk myndighet eller domstol i en rettfærdig sak og i henhold til loven ...”

Departementet har lagt til grunn at saksbehandlingen i fylkesnemnda tilfredsstiller disse saksbehandlingskravene.⁸⁶

⁸⁶ NOU 2000:12 punkt 14.6

5 Hindrer tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 senere straffesak?

5.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapitlet er hvorvidt tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 stenger for senere straffesak om de samme straffbare forholdene.

TP 7-4 kan tenkes å få anvendelse i to ulike situasjoner hva gjelder tvangsplassering etter barnevernloven. Den første er hvor barnet først har blitt tvangsplassert med hjemmel i barnevernloven § 4-24 og påtalemyndigheten senere ønsker å ilegge straff for de samme faktiske forholdene som lå til grunn for tvangsvedtaket. Den annen er hvor barnet først har blitt ilagt straff, og barnevernnemnda senere ønsker å tvangsplassere barnet på bakgrunn av de samme faktiske forholdene som var oppe i straffesaken.

Sett hen til vilkårene gjennomgått i punkt 3.3, er det i forhold til tvangsplassering etter barnevernloven nødvendig å redegjøre for følgende:

- Regnes tvangsplassering som ”straff” i henhold til TP 7-4?
- Regnes den alvorlige kriminaliteten som er vilkår for tvangsplasseringen, som det ”samme straffbare forhold” i henhold til de strafferettslige bestemmelsene som ligger til grunn for en eventuell straffesak?

Disse spørsmålene har ikke vært behandlet av EMD. Høyesterett hadde imidlertid spørsmålene til behandling henholdsvis i Rt. 2003 s. 1827 (Barnevernkjennelse I) og Rt. 2004 s. 1368 (Barnevernkjennelse II). Kjennelsene bygger på det samme saksforholdet, men ble av prosessmessige grunner behandlet i to omganger. Jeg vil nedenfor gi en fremstilling av de to kjennelsene, samt knytte noen bemerkninger til dem. Til slutt vil jeg ta for meg hvordan kjennelsene har blitt oppfattet i juridisk litteratur, hvorvidt de er i

overensstemmelse med EMDs praksis, og avslutningsvis hvilke konsekvenser kjennelsene vil få.

5.2 Er tvangsplassering "straff"? – Rt. 2003 s. 1827 (Barnevernkjennelse I)

5.2.1 Sakens faktum

Sakens faktum var følgende: A ble pågrepet 13. mars 2002 mistenkt for et grovt ran begått samme dag. To dager senere fattet barneverntjenesten i X helse- og sosialdistrikt i Stavanger kommune akuttvedtak om midlertidig plassering i en barneverninstitusjon. Fylkesnemnda for sosiale saker i Rogaland fattet den 3. mai 2002 vedtak om at A skulle tvangsplasseres i en institusjon for behandling og opplæring i inntil 12 måneder. A hadde erkjent ranet, og nemnda henviste til dette da den kom til at grunnvilkåret for å treffe vedtak etter barnevernloven § 4-24, alvorlige atferdsvansker som har vist seg ved alvorlig kriminalitet, var oppfylt.

Påtalemyndigheten tok ut tiltalebeslutning den 28. november 2002. Denne omfattet det omtalte ranet, samt flere andre straffbare forhold, herunder øvrige vinningsforbrytelser og brudd på narkotikaloggivningen. As forsvarer begjærte straffesaken avvist idet han anførte at det forutgående vedtaket om tvangsplassering sperret for etterfølgende straffesak. Det rettslige spørsmålet i saken var hvorvidt vedtaket om tvangsplassering sperret for senere straffesak jf. forbudet mot gjentatt forfølgning inntatt i TP 7-4.

5.2.2 Kort om underrettsavgjørelsene som lå til grunn for Barnevernkjennelse I

Stavanger tingrett besluttet den 20. mars 2003 å fremme straffesaken, idet retten kom til at tvangsplasseringen ikke var å anse som straff i TP 7-4s forstand, og at tiltalebeslutningen heller ikke helt ut gjaldt de samme forholdene som gav grunnlag for tvangsplasseringen.

Beslutningen ble påkjært til Gulating lagmannsrett, som i kjennelse av 10. april 2003 forkastet kjæremålet, idet heller ikke den anså tvangsplassering som straff. Retten påpekte

at det springende punkt i saken knyttet seg til spørsmålet om tvangsmessig plassering etter barnevernloven var et tvangsinngrep av strafferettslig karakter, jfr. EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4 nr. 1.

Lagmannsretten uttalte at det ved vurderingen av om en sanksjon skal betegnes som straff, må tas utgangspunkt i om den er ”ilagt som følge av et straffbart forhold”. Av andre momenter som kan tas i betraktning ble det nevnt sanksjonens karakter og formål, dens klassifikasjon etter nasjonal rett, fremgangsmåten ved ileggelse av sanksjonen og alvorlighetsgraden av denne. Hvorvidt sanksjonen er betegnet som straff har mindre betydning.

Lagmannsretten påpekte at bestemmelsens formål er å sikre at barn og ungdom får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid. Vurdert mot denne bakgrunn kunne lagmannsretten vanskelig se at inngrep etter barnevernloven – uavhengig av årsak og selv om de skjer med tvang – kan anses som sanksjoner av pønal eller straffemessig karakter. Retten viste videre til forarbeidene, og tolket disse slik at lovgiver ikke mente at tiltaket skulle ha karakter av straff.

5.2.3 Høyesteretts kjennelse

5.2.3.1 Partenes anførsler for Høyesterett

A påkjærte lagmannsrettens kjennelse, og Høyesteretts kjæremålsutvalg besluttet å fremme saken for Høyesterett.

As forsvarer anførte for Høyesterett at lagmannsrettens kjennelse måtte oppheves, idet tvangsplassering som reaksjon på straffbare handlinger er av strafferettslig karakter. Dette ble begrunnet med at straffbarhetsvilkårene må foreligge og at bevisbyrden er den samme som i straffesaker. Ordningen er ment å virke preventivt, og tiltaket er alvorlig og med inngripende virkninger som har likhetstrekk med tidligere ordninger med arbeidsskole og

ungdomsfengsel. Det kunne ikke være avgjørende at ordningen ikke er ment å tilgodese klassiske straffehensyn.

Påtalemyndigheten anførte at kjæremålet måtte forkastes, idet tvangsplassering ikke er å regne som straff i forhold til TP 7-4. Selv om det etter alternativet ”alvorlig og gjentatt kriminalitet” kreves at straffbarhetsvilkårene er oppfylt, kan tvangstiltak likevel brukes overfor barn under den kriminelle lavalder. Formålet med tiltaket er dessuten ikke strafferettslig, men styrt av hensynet til barnets beste.

5.2.3.2 Vurderingstemaet

Barnevernkjennelse I ble avsagt under dissens 4-1. Flertallet og mindretallet var enige i at vurderingstemaet knyttet til begrepene ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6 og ”straffesak” i TP 7-4 skal være det samme, og at Engel-kriteriene derfor var avgjørende for hvorvidt tvangsplassering må anses som straff.

Spørsmålet måtte dermed avgjøres ut fra en totalbedømmelse av nasjonal klassifikasjon, lovbruddets karakter og sanksjonens innhold og alvor.

5.2.3.3 Inngrepets betegnelse i intern rett

Både flertallet og mindretallet fastslo kort at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 ikke anses som straff i intern norsk rett, og at det første Engel-kriteriet dermed ikke var oppfylt. Mindretallet fastslo deretter uttrykkelig at den internrettslige klassifiseringen imidlertid ikke er et tungtveiende moment. Flertallet fulgte opp dette ved å fortsette sin drøftelse av hvorvidt tvangsplasseringen måtte anses som straff ut fra de øvrige Engel-kriteriene.

5.2.3.4 Lovbruddets karakter

Høyesterett gikk deretter videre til å behandle det andre Engel-kriteriet; lovbruddets karakter. Flertallet og mindretallet var enige om at tvangsplassering er begrunnet i barnets atferdsvansker og at reaksjonen ikke har noe strafferettslig formål. Mindretallet viste til at slik dette kriteriet er utviklet i EMDs praksis, er det av sentral betydning hvorvidt sanksjonen er ment å være avskrekkende og straffende, og dette var ikke tilfelle for den aktuelle bestemmelsen.

Flertallet og mindretallet var videre enige om at uskyldspresumsjonen kommer til anvendelse når det gjelder spørsmålet om tvangsplassering, hvilket innebærer at det må føres bevis for barnets skyld. Saksbehandlingen må videre tilfredsstille de kravene EMK stiller til saksbehandlingen av straffesaker. Høyesterett var derimot ikke enige om hvilken konsekvens dette får.

Mindretallet kunne ikke se at skyldkravet, kravene til bevis for skyld eller saksbehandlingskravene kunne føre til at tvangsplassering må anses som straff.

Flertallet var av en annen oppfatning, og uttalte i avsnitt 69:

”Gjennom de vilkår barnevernloven oppstiller for plassering i institusjon for behandling og opplæring, har lovgiverne etter mitt syn etablert en slik kobling mellom institusjonsplassering og vilkårene for straff at det foreliggende vedtak om tvangsplassering i forhold til Engel-kriteriene må anses å være truffet som ledd i en straffeforfølgning.”

Flertallet fremhevet at hovedvilkåret for institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-24 er at barnet har vist ”alvorlige atferdsvansker”, og at dette må ha kommet til uttrykk gjennom alvorlig eller gjentatt kriminalitet eller vedvarende misbruk av rusmidler eller på annen måte. Flertallet påpekte videre at vedtak om tvangsplassering altså er mulig også uten at barnet har begått kriminalitet, men dersom vedtaket er fattet på bakgrunn av kriminalitet, er det et vilkår at denne er ”alvorlig eller gjentatt”. Det ble av flertallet også

påpekt at valget av tiltak skal ses i sammenheng med eventuelle tiltak i det alminnelige strafferettsapparatet, og at barnevernloven § 4-24 må forstås slik at det er et vilkår for tvangsplassering at både de subjektive og objektive vilkår for straff er oppfylt, men at det ikke er et vilkår at barnet har nådd den kriminelle lavalder.

Flertallet la avgjørende vekt på den koblingen som foreligger mellom tvangsplassering og vilkårene for straff, og vektla at det er et vilkår for tvangsplassering at både de subjektive og objektive vilkår for straff er til stede. Flertallet uttalte at et inngrep som er begrunnet med at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt, i forhold til Engel-kriteriene må anses som ”criminal in nature”.

Flertallet konkluderte etter dette med at fylkesnemndas vedtak måtte anses som straffeforfølgning på grunnlag av lovbruddets karakter.

5.2.3.5 Sanksjonens innhold og alvor

Det tredje Engel-kriteriet er sanksjonens innhold og alvor.

Mindretallet mente at tvangsplassering må karakteriseres som alvorlig, både ut fra inngrepets karakter og varighet. Det ble imidlertid lagt vekt på at inngrepet er tilpasset barnets behov og ikke tilpasset den straffbare handlingens alvor. Det ble videre lagt vekt på at plasseringen skal opphøre når barnets behov ikke lenger er til stede, og at det er opp til barneverntjenesten om tiltaket overhodet skal iverksettes.

Om tvangsplasseringens innhold nøyde mindretallet seg med å uttale at ”Bruk av tvang og inngrep i den personlige frihet og integritet er tillatt innenfor relativt snevre grenser”. Det ble også vist til at det ved rømming er hjemmel for tilbakehenting ved makt.

Mindretallet viste også til at siden TP 7-4 ikke bare setter forbud mot ny forfølgning etter domfellelse eller frifinnelse, men også etter en ”forfølgning”, vil et vedtak om *ikke* å tvangsplassere et barn fordi det ikke ble ansett å være nyttig for barnet, stenge for en senere

straffesak dersom en skulle anse tvangsplassering som straff. En slik vurdering vil bli tatt ut fra et barnevernfaglig synspunkt av hvorvidt det foreligger alvorlige atferdsvansker som kan avhjelpes ved tvangsplassering. Dette ble ansett å være et argument i seg selv mot å anse tvangsplassering som straff.

Mindretallet konkluderte etter dette med at heller ikke inngrepets innhold og alvor kunne føre til at tvangsplassering må anses som en ”straffesiktelse” etter EMK artikkel 6, og at det da heller ikke dreier seg om en ”straffesak” i TP 7-4s forstand.

Flertallet, som altså anså tvangsplassering som straff på grunn av lovbruddets karakter, behøvde ikke å drøfte det siste Engel-kriteriet. Det ble likevel gitt uttalelser om sanksjonens innhold og alvor i et obiter dictum.

Det ble i avsnitt 80 påpekt at:

”selv om plassering i institusjon etter barnevernloven – ut fra formålet med plasseringen – ikke skulle bli ansett som straff ut fra inngrepets innhold og alvor alene, er en slik institusjonsplassering et så sterkt inngripende tiltak at det i kombinasjon med vilkåret om alvorlig eller gjentatt kriminalitet etter mitt syn nokså klart må anses som straff på grunnlag av den kumulative effekt...”.

Denne uttalelsen kan ses i sammenheng med uttalelser i avsnitt 65 og 67, hvor flertallet vurderer det nærmere innholdet i tvangsplasseringen. Det vises til at tvangsplassering kan gjennomføres i inntil tolv måneder, og i særlige tilfeller i ytterligere tolv måneder, samt at barna er underlagt et nokså strengt kontrollregime, med en viss adgang til å anvende tvangsmidler under plasseringen.

Flertallet kommenterte deretter mindretallets uttalelse om at dersom tvangsplassering omfattes av TP 7-4, vil avgjørelsen sperre mot ny forfølgning uten hensyn til hva utfallet av behandlingen ble i fylkesnemnda. Flertallet uttalte at dette gjelder i alle tilfeller hvor et

forvaltningsmessig inngrep sperrer for senere straffeforfølgning, og at det ikke er spesielt for tvangsplassering etter barnevernloven.

Flertallet uttalte deretter at siden vedtak om tvangsplassering på grunnlag av straffbare handlinger må anses som straffeforfølgning i forhold til EMK, følger det av forbudet mot gjentatt forfølgning i TP 7-4 at det ikke er mulig å reise straffesak om de samme straffbare forhold som dannet grunnlag for vedtak om tvangsplassering.

Det ble deretter konkludert med at "Lagmannsretten har anvendt protokoll 7 artikkel 4 uriktig når den har konkludert med at fylkesnemndas vedtak om tvangsmessig plassering ikke er til hinder for senere straffesak."

Siden lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til om straffesaken gjaldt de samme straffbare forholdene som vedtaket om plassering etter barnevernloven, hadde Høyesterett ikke anledning til å prøve dette spørsmålet. På bakgrunn av dette ble lagmannsrettens kjennelse opphevet.

5.2.3.6 Oppsummering

Høyesterett har fastslått at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 er straff i relasjon til TP 7-4. Dette er begrunnet både ut fra lovbruddets karakter isolert sett, men også på grunnlag av lovbruddets karakter sett i sammenheng med inngrepets innhold og alvor.

Vedtak om tvangsplassering vil derfor hindre at det fremmes straffesak om de samme straffbare forholdene som lå til grunn for tvangsplasseringen.

5.2.4 Mine kommentarer til Barnevernkjennelse I

Hva gjelder det første Engel-kriteriet, slo Høyesterett kort fast at tvangsplassering ikke er klassifisert som straff i intern norsk rett, men at dette ikke var av avgjørende betydning.

Dette er i overensstemmelse med klar og entydig rettspraksis, jf. for eksempel Engeldommen (se punkt 3.3.8.2.1), og foranlediger ikke særlige bemerkninger.

Det andre Engel-kriteriet er lovbruddets karakter. Det følger av rettspraksis at bestemmelsens formål og dens skyldkrav har en sentral betydning ved vurderingen av lovbruddets karakter.

Hvor en sanksjon ilegges av rent strafferettslige formål, er dette et sterkt moment i favør av å anse en reaksjon som straff. Flertallet og mindretallet var enige om at tvangsplassering og straff har helt ulike formål, og vektla dette som et moment mot å anse tvangsplassering som straff.

Skyldkonstatering er som nevnt et vilkår for tvangsplassering, og flertallet anså dette som et moment i favør av å anse tvangsplassering som straff. Dette er etter min mening i tråd med sakene Mjelde og Storbråten (se punkt 3.3.8.3.7), hvor EMD med vekt på blant annet at skyldkonstatering *ikke* var nødvendig, kom til at konkurskarantene ikke er straff.

Et ytterligere moment jeg mener er relevant, men som verken flertallet eller mindretallet drøftet, er at sanksjonen utelukkende retter seg mot barn, og da særlig mot barn i aldersgruppen 12-18 år. Dette var for øvrig ikke påberopt av noen av partene. At reaksjonen bare retter seg mot barn, og ikke mot alle borgere i samfunnet slik de øvrige strafferettslige regler gjør, er etter min mening et moment som reduserer lovregelens strafferettslige karakter. Jeg viser i denne sammenheng til den tidligere omtalte Bendenoun-saken, hvor det som et moment for at tilleggsskatt måtte anses som straff, ble fremhevet at reglene rettet seg mot enhver skattebetaler.

Det tredje Engel-kriteriet, ”sanksjonens innhold og alvor”, er todelt.

Det følger av EMD-praksis at det ved vurderingen av sanksjonens *alvor* er den maksimale reaksjonen som skal være grunnlag for vurderingen. Dette er som tidligere nevnt fulgt opp

av Høyesterett i Rt. 2004 s. 927 (Nektelse av prøveløslatelse), hvor den innsatte risikerte ett års ekstra soning.

Mindretallet karakteriserte inngrepet som alvorlig både på grunn av dets karakter og varighet, men fant likevel at tvangsplassering ikke kunne anses som straff etter dets innhold og alvor. Dette ble begrunnet med at tiltaket er tilpasset barnets behov og ikke de straffbare handlingenes alvor, samt at tiltaket skal opphøre når hensynet til barnets behov ikke lengre kan begrunne det.

Flertallet drøftet som nevnt dette kriteriet i et obiter dictum, hvor det kort ble slått fast at selv om tvangsplassering ikke skulle bli ansett som straff ut fra dette kriteriet alene, ”er en slik institusjonsplassering et så sterkt inngripende tiltak at det i kombinasjon med vilkåret om alvorlig eller gjentatt kriminalitet etter mitt syn klart nok må anses som straff...”.

I barnevernkjennelse I var den maksimale perioden for tvangsplassering ett år jf. nemndas vedtak (dog med mulighet for forlengelse med inntil ytterligere ett år). Det forelå altså et betydelig tidsmoment i saken, tilsvarende tidsmomentet i Nektelse av prøveløslatelse-saken. Etter min mening er tiltakets varighet et moment som trekker i retning av å anse tiltaket som straff. Ett års frihetsberøvelse som tvangsplassering kan medføre, er et alvorlig inngrep i den personlige frihet. Selv om tvangsplasseringen skal opphøre når vilkårene ikke lenger foreligger, må en se tiltakets alvorlighet i lys av den *maksimale* reaksjon, som jo er ett år (med mulighet for forlengelse).

Hva gjelder sanksjonens *innhold*, var både flertallet og mindretallet knappe i sine uttalelser.

Nærmere regler om opphold på barneverninstitusjon, er regulert i Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, av 12. desember 2002 nr. 1594. I forskriftens kapittel tre, som gjelder alle typer plasseringer på barneverninstitusjon, fremkommer det at institusjonen på nærmere vilkår blant annet kan benytte mindre inngripende fysisk tvang og makt, foreta kroppsvisitasjon og ransaking av barnets rom og

eiendeler, samt gjennomføre tilbakeføring til institusjonen etter rømming. I forskriftens kapittel fire gis særlige regler for tvangsplasseringer etter barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Det fremkommer her at institusjonen etter nærmere vilkår blant annet kan nekte barnet besøk, telefonkontakt og mulighet til å bevege seg utenfor institusjonens område. Disse tvangstiltakene er i noen grad sammenfallende med kriminalomsorgens tvangsmuligheter overfor innsatte etter straffegjennomføringsloven. Det er tale om inngripende tiltak i barnets personlige integritet. Etter min mening er dette et moment for at tvangsplassering må anses som straff på grunnlag av sanksjonens innhold.

5.3 Gjelder tvangsplassering og straffesak "samme straffbare forhold"? – Rt. 2004 s. 1368 (Barnevernkjennelse II)

5.3.1 Innledning

Spørsmålet om tvangsplassering og senere straffesak gjelder "samme straffbare forhold" ble behandlet av Høyesterett i den enstemmige kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1368 (Barnevernkjennelse II).

5.3.2 Lagmannsrettens kjennelse

Spørsmålet ble først behandlet i Gulating Lagmannsretts enstemmige kjennelse av 13. april 2004.

As forvarer anførte at straffesaken måtte avvises, idet tiltalen gjaldt de samme straffbare forholdene som hadde ligget til grunn for fylkesnemndas vedtak om tvangsplassering. Det ble særlig fremhevet at identitetsspørsmålet måtte løses ut fra en sammenligning av de straffbare forholdene som konkret lå til grunn for nemndas vedtak, og de som var omfattet av tiltalen. Det ble anført at det var fullstendig identitet mellom disse og at det ikke forelå konkurransproblematikk.

Påtalemyndigheten anførte at straffesaken kunne fremmes. Det ble anført at en sammenligning av de aktuelle straffebudene viste at det ikke var tale om samme forhold, blant annet fordi det gjaldt vesensforskjellige vilkår, vurderingstema og formål for henholdsvis barnevernloven § 4-24 og de straffebestemmelser tiltalen omfattet. At nemndas vedtak bygget på de samme faktiske forhold som tiltalen, var ikke tilstrekkelig.

Lagmannsretten viste først til følgende uttalelse i Barnevernkjennelse I:

”at det etter at fylkesnemndas vedtak er blitt endelig ikke er adgang til å reise straffesak for de straffbare forhold som dannet grunnlaget for fylkesnemndas vedtak”.

Det ble fastslått at denne uttalelsen var bindende for lagmannsretten.

Det lagmannsretten skulle avgjøre, var ”om man her har for seg samme forhold som i fylkesnemndas vedtak om tvangsmessig institusjonsplassering”.

Lagmannsretten fant at verken ordlyden i TP 7-4 eller bestemmelsens formål gav særlig veiledning i spørsmålet, utover å forutsette at det må foreligge identitet for at forbudet skal få virkning. Kriteriene for å avgjøre om slik identitet foreligger eller ikke, gav disse rettskildefaktorene begrenset veiledning i.

Lagmannsretten så deretter hen til rettspraksis, og uttalte:

”Rettspraksis bygger imidlertid på en klar forutsetning om at sperrefunksjonen bare vil inntre dersom man har å gjøre med den samme faktiske handling eller unnlatelse. Det er videre en forutsetning at det ikke er en vesensforskjell på straffbarhetsbetingelsene i de straffebud det er tale om å anvende”.

Det ble videre henvist til Rt. 2002 s. 497 (Dobbeltstraff II), hvor Høyesterett la til grunn at ”vurderingen først og fremst må skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelsen i de aktuelle straffebud”.

Det var ikke omtvistet at fylkesnemndas vedtak var begrunnet i As straffbare handlinger, og at de handlingene som begrunnet vedtaket også lå til grunn for tiltalebeslutningen. Det var derfor tale om de samme faktiske handlinger. Lagmannsretten konstaterte deretter at så langt nemnda hadde konstatert straffeskyld, knyttet dette seg til de samme straffebud som i tiltalen. Det oppstod derfor ingen spørsmål om idealkonkurrens i tradisjonell forstand.

Lagmannsretten var ikke enig i påtalemyndighetens anførsel om at en ikke skulle sammenligne straffebudene i tiltalen med de som lå til grunn for tvangsvedtaket, men med barnevernloven § 4-24 som sådan. Retten begrunnet dette med at man ikke kan anse barnevernloven § 4-24 som en straffebestemmelse i sin helhet. Retten viste til Barnevernkjennelse I, og kom på bakgrunn av denne til at det som utløser sperrevirkning etter TP 7-4, er vedtak om tvungen institusjonsplassering basert på konstatering av straffeskyld for gjentatt eller alvorlig kriminalitet. Identitetsspørsmålet må da løses ut fra en sammenligning av de straffbare forhold som ligger til grunn for vedtaket og de straffebud som påstås brakt til anvendelse i den etterfølgende straffesaken.

Lagmannsretten så deretter hen til de øvrige vilkår for å vedta tvangsplassering, herunder at slik plassering må være til barnets beste og inngå i et samlet behandlingsopplegg. Videre ble det påpekt at formålet ikke er å straffe barnet. Tvangstiltak forutsetter med andre ord vurdering av elementer som er vesensforskjellige fra de man finner i forbindelse med spørsmålet om det skal idømmes straff etter tiltalen. Retten viste her til mindretallets votum i Barnevernkjennelse I samt til Rt. 2003 s. 1100 (Halvering av dagpenger), hvor spørsmålet var om en straffesak måtte avvises fordi tiltalte tidligere hadde blitt ilagt en disiplinærreaksjon for samme handling etter straffegjennomføringsloven § 40. Høyesterett uttalte i et obiter dictum i avsnitt 57 at en ved avgjørelsen av om en hadde med ”samme forhold” å gjøre, særlig skulle legge vekt på ulikhet i vilkår og formål.

Lagmannsretten kom imidlertid til at de nevnte forskjellene ikke kunne få avgjørende vekt ved vurderingen av identitetsspørsmålet. Dette ble begrunnet med at Høyesteretts flertall i Barnevernkjennelse I kom til at sperrefunksjonen etter TP 7-4 er virksom for tvangsvedtak etter barnevernloven § 4-24. Lagmannsretten uttalte:

”Det er tale om strukturelle innvendinger som gjør seg gjeldende med henimot samme tyngde i alle saker om bruk av barnevernloven § 4-24 første ledd første strekpunkt. Lot man disse være avgjørende for identitetsspørsmålet, ville man reelt sett aldri få noe konkret tilfelle av ”samme forhold” i relasjon mellom slike tvangsvedtak og en etterfølgende straffesak. En slik løsning fremstår – i hvert fall for alle praktiske formål – som uforenelig med kjennelsen av 22. desember 2003.”

Lagmannsretten konkluderte etter dette med at tiltalebeslutningen gjaldt de samme forhold som fylkesnemndas vedtak, og at straffesaken derfor måtte avvises med hjemmel i TP 7-4.

5.3.3 Høyesteretts kjennelse

5.3.3.1 Partenes anførsler for Høyesterett

Påtalemyndigheten påkjærte lagmannsrettens kjennelse. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt de forholdene som lå til grunn for straffesaken var å anse som ”samme straffbare forhold” som de handlinger som lå til grunn for vedtaket om institusjonsplassering.

Påtalemyndigheten anførte at tiltalen ut fra en rettslig betraktning ikke kunne anses å gjelde de samme straffbare forhold som de som hadde begrunnet nemndas vedtak. Dette ble begrunnet ut fra vilkårene for, og formålet med tvangsplassering. Videre ble det vist til at barnevernloven retter seg mot en snevrere persongruppe enn de alminnelige straffebestemmelsene.

A anførte at nemndas vedtak om tvangsplassering og tiltalen i straffesaken gjaldt de samme faktiske handlingene og brudd på de samme straffebestemmelsene, og at de dermed måtte anses å gjelde de samme straffbare forholdene. Det at tvangsplassering kan begrunnes med annet enn straffbare handlinger, kan ikke tillegges vekt når det som i denne saken var nettopp straffbare handlinger som begrunnet plasseringen. Heller ikke det at barnevernloven stiller krav om visse kvalifikasjonsmomenter utover de objektive og subjektive straffbarhetsvilkår, gjør at en må anse straffesaken for å gjelde andre straffbare forhold enn vedtaket om tvangsplassering. A henviste videre til Høyesteretts uttalelse i Barnevernkjennelse I avsnitt 81: ”etter at fylkesnemndas vedtak om tvangsplassering ble endelig, ikke er adgang til å reise straffesak for de straffbare forhold som dannet grunnlag for fylkesnemndas vedtak”, og anførte at det påtalemyndigheten gjorde gjeldende vanskelig kunne forenes med dette.

5.3.3.2 Vurderingstema

Førstvoterende viste til rettspraksis fra EMD, og slo fast at for at det skal dreie seg om ”samme straffbare forhold”, må de strafferettslige forfølgningene for det første gjelde de samme faktiske handlingene. For det andre må det ikke foreligge noen vesensforskjell på straffebudene – de kan ikke skille seg fra hverandre ”in their essential elements”. I dette ligger at det må ”foreligge en form for strafferettslig identitet mellom straffebudene”.

5.3.3.3 Samme faktiske handling

Høyesterett fant det klart at det var de samme faktiske handlingene (blant annet et ran) som lå til grunn for tvangsplasseringen og tiltalebeslutningen. Dette var for øvrig også partene enige om, og dette vilkåret reiste ingen særlige spørsmål.

5.3.3.4 Strafferettslig identitet mellom straffebudene

Avgjørende for om forbudet mot gjentatt forfølgning hindret senere straffesak, var hvorvidt det forelå en tilstrekkelig strafferettslig identitet mellom straffebudene, herunder om de

bestemmelsene som ble anvendt i barnevernsaken og de bestemmelsene som det ble tatt ut tiltale etter, skilte seg fra hverandre ”in their essential elements”.

Høyesterett fant på bakgrunn av praksis fra EMD, at det sentrale tema synes å være hvorvidt de objektive vilkårene for å ilegge sanksjonene i det vesentligste er de samme. I denne vurderingen må en sammenligne både gjerningsbeskrivelsene og øvrige vilkår for å ilegge sanksjon, og det må legges vekt på inngrepshjemlenes formål og hvilke interesser de er ment å skulle beskytte.

Førstvoterende viste til at Høyesteretts vurdering om at tvangsplassering ble ansett å være straff i forhold til TP 7-4, var begrunnet med at vedtaket ble truffet på bakgrunn av bestemmelsens alternativ om alvorlig eller gjentatt kriminalitet. Etter dette alternativet er det et vilkår at både de objektive og de subjektive vilkår for straff er oppfylt. Dette var et moment som talte for å anse bestemmelsene for å ha ”the same essential elements”.

Høyesterett uttalte videre at et vedtak om tvangsplassering som er begrunnet i andre forhold enn kriminalitet (for eksempel rus), *ikke* kan anses som straff i forhold til EMK. Det ble uttalt at det i prinsippet må være *bare* den del av barnevernloven § 4-24 som må anses som en straffebestemmelse i forhold til EMK (det vil si vilkåret om kriminalitet), som skal trekkes inn i sammenligningen.

Høyesterett vektla videre at det for å treffe vedtak om tvangsplassering ikke er tilstrekkelig at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt. Det kreves også at barnet har vist ”alvorlige atferdsvansker” og at barnet har ”behov for mer langvarig behandling”. Førstvoterende uttalte på bakgrunn av dette at vilkårene for tvangsplassering på sentrale punkter skiller seg fra vilkårene for straff for de aktuelle handlingene.

Høyesterett vektla videre at reaksjonenes formål er ulike. Straffens formål er hovedsakelig allmennprevensjon og behov for samfunnsvern. Tvangsplasseringens formål er på den

annen side barnets behov for langvarig behandling, og vedtaket må treffes ut fra hva som er det beste for barnet. Formålene er med andre ord svært forskjellige.

Det siste momentet Høyesterett vektla, var hvilke interesser bestemmelsene søker å beskytte. Retten fastslo at barnevernloven § 4-24 utelukkende søker å beskytte barnets interesser, mens straffelovens bestemmelse om for eksempel ran søker å beskytte fornærmedes, samfunnets og allmenne interesser. De interesser som beskyttes var vesensforskjellige, og dette var et ytterligere moment for å anse bestemmelsene som ulike "in their essential elements".

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor konkluderte Høyesterett med at det *ikke* foreligger en slik identitet mellom barnevernloven § 4-24 og de aktuelle straffebestemmelsene, at straffesaken kunne anses å gjelde samme forhold som barnevernsaken.

Høyesterett avsa deretter kjennelse om at straffesaken skulle fremmes for tingretten.

5.3.3.5 Oppsummering

En enstemmig Høyesterett kom til at de forhold som lå til grunn for tvangsplasseringen og de forhold som lå til grunn for tiltalebeslutningen, dreide seg om ulike straffbare forhold. Straffesaken kunne derfor fremmes uten hinder av TP 7-4.

5.3.4 Mine kommentarer til Barnevernkjennelse II

Etter min mening synes det som at lagmannsretten kan ha ønsket å komme til en annen konklusjon enn den faktisk gjorde, men at retten følte seg bundet av Høyesteretts uttalelser i Barnevernkjennelse I. Det synes som at lagmannsretten mente at en konklusjon som gikk ut på at det *ikke* var tale om samme straffbare forhold, ville være stridende med Høyesteretts forutsetninger, idet det aldri vil oppstå tilfeller av samme forhold i slike saker. Som jeg kommer til nedenfor, beror dette synet etter min mening på en feiltolkning av Høyesteretts uttalelse.

Høyesterett fastslo først kort at det var de samme straffbare handlingene som lå til grunn for både tvangsplasseringen og tiltalebeslutningen. Dette krever ingen nærmere kommentarer.

Når det gjelder det andre vilkåret, at det ikke må være noen vesensforskjell på straffebudene, viser jeg til plenumsdommen Rt. 2002 s. 497 (Dobbeltstraff II), hvor det ble presisert at ”vurderingen må etter mitt syn først og fremst skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud”. Høyesterett gav altså her uttrykk for at uttrykket ”the same essential elements” skal forstås slik at man først og fremst skal sammenligne straffebudenes objektive gjerningsinnhold, og at ulikheter på overtredelsenens subjektive side er av mindre betydning.

Jeg påpeker imidlertid at det ifølge praksis fra EMD ikke er nok å sammenligne gjerningsbeskrivelsene. Dette fremkommer tydelig av den tidligere nevnte Rosenquist-saken (se punkt 3.3.8.3.5), hvor EMD synes å ha lagt stor vekt på ulikhetene i bestemmelsenens subjektive side og bestemmelsenens ulike formål. Denne saken ble imidlertid avsagt etter Barnevernkjennelse II, men EMD har også i tidligere avgjørelser gitt uttrykk for at bestemmelsenens formål og deres subjektive side kan tillegges vekt i vurderingen. En må derfor også ta i betraktning øvrige vilkår for å kunne ilegge sanksjon, samt bestemmelsenens formål og hvilke interesser som søkes beskyttet.

Høyesterett vektla videre at vilkårene i de to bestemmelsene er ulike, og at de har svært ulike formål. Dette trekker klart i retning av å anse bestemmelsene som ulike ”in their essential elements”.

Et moment Høyesterett ikke drøftet, til tross for at påtalemyndigheten påberopte det i sin favør, er at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 bare kan vedtas for ”barn”, det vil si personer under 18 år. Straff for ran kan ilegges alle strafferettslig tilregnelige mennesker.

Dette er en ulikhet i bestemmelsenes vilkår som også taler for at bestemmelsene skiller seg fra hverandre ”in their essential elements”.

5.4 Avsluttende bemerkninger

5.4.1 Juridisk litteraturs oppfatning av kjennelsene

De to nevnte kjennelsene har vært tema for en viss debatt i den juridiske teori. Den første avgjørelsen ble av mange oppfattet som en endelig avgjørelse om at tvangsplassering etter barnevernloven sperret for senere straffesak. Dette synet ble fremsatt av blant andre Inge Lorange Backer og Knut Lindboe.⁸⁷ Det var nok særlig følgende uttalelse i kjennelsens avsnitt 81 som foranlediget dette synspunktet:

”Siden et vedtak om tvangsplassering på grunnlag av straffbare handlinger må anses som straffeforfølgning i forhold til EMK, følger det imidlertid av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 at det etter at fylkesnemndas vedtak om tvangsplassering ble endelig, ikke er adgang til å reise straffesak for de straffbare forhold som dannet grunnlag for fylkesnemndas vedtak.”

Etter min mening fremgår det imidlertid av Høyesteretts uttalelse i avsnitt 85 at dette ikke var intensjonen:

”Lagmannsretten har etter dette anvendt protokoll 7 artikkel 4 uriktig når den har konkludert med at fylkesnemndas vedtak om tvangsmessig plassering ikke er til hinder for senere straffesak. Da lagmannsretten ikke har tatt stilling til om straffesaken gjelder samme forhold som vedtaket om institusjonsplassering, er Høyesterett – siden kjæremålet er et videre kjæremål – avskåret fra å prøve dette.”

⁸⁷ Backer (2003) s. 577-578 og Lindboe (2004) s. 72-76

Høyesterett uttalte i Barnevernkjennelse II at den nevnte uttalelsen i avsnitt 81 måtte ses i sammenheng med at ”Høyesterett i den avgjørelsen av prosessuelle grunner var avskåret fra å ta standpunkt til om straffesaken gjaldt samme straffbare forhold som barnevernssaken. Høyesteretts flertall har med denne uttalelsen ikke lagt noen føringer for hvordan dette spørsmålet skal bedømmes. Det Høyesteretts flertall her uttaler om resultatet av sperrevirkningen, må leses med det forbehold at straffesaken skulle bli ansett å gjelde samme forhold som barnevernssaken.”

Etter at den andre kjennelsen ble avsagt, ble den av enkelte oppfattet som vanskelig å harmonisere med den første, og det har blitt hevdet at rettstilstanden på området er usikker.⁸⁸ Redaksjonen i ”Tidsskrift for strafferett” ba på bakgrunn av dette Morten Holmboe om å skrive en redegjørelse for rettstilstanden. Det kan i denne sammenheng nevnes at Holmboe var aktor for Høyesterett i begge sakene. Holmboe mener at avgjørelsen harmoniserer godt med Høyesteretts egen praksis omkring hva som er ”samme forhold”, og anfører at avgjørelsen heller ikke går for langt i forhold til EMDs praksis.⁸⁹

Holmboe anfører videre at rettstilstanden er avklart i og med Høyesteretts kjennelser. At Høyesterett kom til at ett av de kumulative vilkårene for avvisning var oppfylt (straff), men ikke et annet (samme straffbare forhold), er ikke annerledes enn i de sakene hvor retten har anledning til å prøve alle vilkårene i samme sak.⁹⁰

Det fremkommer i NOU 2005:9 kapittel 20 at Fylkesnemndsutvalget anser rettstilstanden som usikker. Under henvisning til Barnevernkjennelse II uttales likevel:

”Slik kjennelsen er begrunnet er det nærliggende å trekke den slutning at det aldri vil være aktuelt at sak om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 første ledd første strekpunkt

⁸⁸ Holmboe (2006) s. 40

⁸⁹ Holmboe (2006) s. 48

⁹⁰ Holmboe (2006) s. 48-49

for nemnda skal stenge for senere straffesak om samme forhold. Dette legger også Fylkesnemndsutvalget til grunn.”

Hove uttaler i Norsk Lovkommentar 2005, bind 2 på side 2159 at:

”... avgjørelsene sett i sammenheng synes å innebære at det må kunne reises straffesak for de samme forhold som det er tatt stilling til i relasjon til barnevernloven § 4-24.”

Backer er av den oppfatning at Høyesterett i den første kjennelsen grep inn i et kriminalpolitisk og sosialpolitisk spørsmål på en slik måte at en avskjærte muligheten for raske og nyanserte tiltak mot lovbrøyteren, ved at en anså tvangsplassering som straff i relasjon til forbudet mot gjentatt forfølgning. Han mener dette var en ”invitasjon til å legge seg på kollisjonskurs med lovgiverne”. Jeg forstår Backer slik at han hevder at når Høyesterett i den andre kjennelsen kom til at straffesak likevel kunne fremmes, var dette kanskje ut fra et ønske om ikke å gå imot lovgivernes vilje, og på bakgrunn av en nokså kunstig argumentasjon.⁹¹

5.4.2 Er barnevernkjennelsene i tråd med praksis fra EMD?

Et viktig spørsmål er hvorvidt Høyesteretts kjennelser er i tråd med EMDs praksis. Det er særlig barnevernkjennelse II det er aktuelt å vurdere i denne forbindelse, idet denne kjennelsen fratar borgerne vern mot ny forfølgning.

Holmboe er som nevnt ovenfor av den oppfatning at kjennelsene er i tråd med EMDs praksis. Han viser til at de straffbare handlingene både utgjorde et brudd på barnevernlovens bestemmelser om å vise alvorlige atferdsvansker, herunder alvorlig eller gjentatt kriminalitet, og straffelovens bestemmelser om å begå blant annet ran. Han anfører at disse bestemmelsene retter seg mot helt forskjellige sider av det straffbare forholdet, og at de dermed utgjør ulike straffbare forhold.

⁹¹ Backer (2005) s. 429

Lektor ved Universitetet i Bergen, Jostein Sæbø Fausa, har i artikkelen ”Det straffbare forholds identitet” inntatt i Jussens venner (2005), stilt spørsmålstegn ved hvorvidt Høyesteretts kjennelser er i tråd med praksis fra EMD.

Fausa henviser til at Høyesterett i Barnevernkjennelse II kom til at vilkårene for tvangsplassering skilte seg så mye fra vilkårene for straff, at det var tale om ulike straffbare forhold. Fausa mener at dette momentet har begrenset betydning etter praksis fra EMD. Han henviser videre til at Høyesterett også vektla at formålet med institusjonsplassering etter barnevernloven var vesensforskjellig fra formålet med straff. Da denne kjennelsen ble avsagt, hadde EMD ikke vektlagt dette som et moment i vurderingen, selv om det i Gradinger-saken ble åpnet for at dette *kunne* være et moment. Høyesterett vektla videre at de interessene som beskyttes av barnevernloven § 4-24 er vesensforskjellige fra de interessene de aktuelle straffebestemmelsene skal beskytte. Fausa stiller spørsmålstegn ved hvorvidt interessesympunktet tilfører drøftelsen noe mer enn allerede uttalt om formålet. Han anfører også at EMD aldri har vektlagt beskyttelsesinteressen ved avgjørelsen av ”samme forhold”.

Fausa forstår kjennelsene slik at tiltalte ble straffet for blant annet ran i den første prosessen (tvangsplasseringen), til tross for at barnevernloven § 4-24 ikke har noe strafferettslig formål. I den andre prosessen legges det til grunn at straffesaken for blant annet ranet ikke gjelder samme forhold nettopp fordi den første prosessen ikke har et strafferettslig formål. Fausa anfører på bakgrunn av dette at ”Det kan synes som om HR har avgrenset identiteten snevrere enn det EMD til nå har lagt til grunn.”

Etter min oppfatning har Høyesterett holdt seg innenfor EMDs praksis. Det fremkommer i EMD-praksis at det i vurderingen av om en har å gjøre med samme straffbare forhold, skal legges vekt på om straffebudene har forskjellig karakter, formål og utforming. Jeg mener at de aktuelle bestemmelsene i Barnevernkjennelse II skiller seg vesentlig fra hverandre etter disse momentene. Jeg vil nedenfor gi noen korte bemerkninger til Fausas anførsler.

Høyesterett kom til at vilkårene for tvangsplassering skilte seg så mye fra vilkårene for straff, at det var tale om ulike straffbare forhold. Fausa anfører at dette momentet (vilkårene for straff) har begrenset betydning etter praksis fra EMD. Høyesterett uttalte om begrepet "essential elements" i avsnitt 33: "Det som etter EMDs praksis synes å være det sentrale tema ved denne vurderingen, er om de objektive vilkår for å ilegge sanksjon i det vesentlige er de samme, se for eksempel Fischerdommen avsnitt 29." EMD la i Fisher-saken vekt på vilkårene for å ilegge sanksjon. I Rosenquist-saken ble spørsmålet om "same essential elements" presisert til et spørsmål særlig om det foreligger ulikheter i kravene til subjektiv skyld. De nevnte dommene er eksempler som viser at både objektive og subjektive vilkår er av betydning ved avgjørelsen av om en har å gjøre med samme straffbare forhold.

Fausa anfører videre at EMD ikke hadde vektlagt hvilke formål bestemmelsene var ment å skulle beskytte før de avsa Rosenquist-saken, som i tid ble avsagt etter Barnevernkjennelse II. Det fremgår klart av Rosenquist-saken at formålet er relevant ved vurderingen, og Høyesterett var her kanskje noe forut sin tid, selv om det kommer frem i Gradinger-saken at ulikheter i bestemmelsenenes formål *kunne* være relevant.

Fausa anfører også at EMD aldri har vektlagt beskyttelsesinteressen ved avgjørelsen av "samme forhold". Jeg viser her til Oliveira-saken (se punkt 3.3.9.3), hvor EMD kom til at det ikke var tale om samme straffbare forhold på bakgrunn av at både gjerningsbeskrivelsene og de interesser straffebudene var ment å skulle beskytte, var vesensforskjellige. Beskyttelsesinteressen må etter dette kunne sies å være et relevant moment ved avgjørelsen. Fausa anfører videre at hvilke interesser bestemmelsene er ment å skulle beskytte, ikke tilfører drøftelsen noe mer enn hva som fremkommer vedrørende hvilke formål bestemmelsene har. Formålet bak tvangsplassering er omsorg og behandling, og det er barnets interesser som skal beskyttes. Her er nok momentene i noen grad sammenfallende. Straffen har imidlertid mange formål, herunder individualprevensjon, allmennprevensjon, gjengjeldelse, samt beskyttelse av samfunnet. De interesser som søkes

beskyttet ved straff for de punkter som var omfattet av tiltalebeslutningen i Barnevernkjennelse II, er hovedsakelig samfunnets behov for beskyttelse. Straffens formål og de interesser den er ment å skulle beskytte er altså bare delvis sammenfallende. Interessesynspunktet vil derfor etter min mening tilføre drøftelsen noe mer enn det som fremkommer ved drøftelsen av bestemmelsenes formål.

Som Fausa påpeker, har EMD aldri behandlet en sak hvor spørsmålet om ”samme straffbare forhold” har kommet på spissen i relasjon til administrative virkemidler helt uten pønalt formål, og det er ikke klart hvordan EMD vil foreta en slik avgrensning.

5.4.3 Konsekvensen av barnevernkjennelsene

Høyesteretts kjennelser fastslår at når det er fattet vedtak om tvangsplassering på institusjon med hjemmel i barnevernloven § 4-24 etter alternativet ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”, kan straffesak basert på de samme faktiske handlingene som lå til grunn for tvangsplasseringen likevel fremmes, idet dette ikke anses å omfatte ”de samme straffbare forhold” jf. TP 7-4.

EMDs praksis viser som tidligere nevnt at sanksjonenes rekkefølge er uten betydning hva gjelder forbudet mot gjentatt forfølgning.⁹² Dette innebærer at hvor den første prosessen er en endelig avgjørelse i en straffesak, vil dette ikke sperre mot et senere vedtak av fylkesnemnda om tvangsplassering på grunnlag av de samme faktiske handlingene.⁹³

Både Barnevernkjennelse I og II ble i Høyesterett behandlet etter de reglene som gjelder for ankesaker. I dette ligger at sakene ble behandlet i avdeling, med fem dommere i stedet for tre, som er det vanlige ved kjennelser. Bakgrunnen for dette fremgår ikke av kjennelsene, men kan ha vært et ønske om å få prinsippavgjørelser. Dette taler for å gi kjennelsene samme rettskildemessige vekt som en dom avsagt i avdeling. Kjennelsene vil

⁹² Fischer v. Austria (avsnitt 29)

⁹³ Slik også Holmboe (2006) s. 49 og Hove (2005)

derfor på bakgrunn av tradisjonell norsk rettskildelære, herunder den såkalte ”prejudikatslæren”, få stor betydning i forhold til senere saker om samme spørsmål.

6 Rettskilder

Litteraturliste

Bøker

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*. 1. utgave. Oslo, 2004.

Jebens, Sverre Erik *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. 1. utgave. Oslo, 2004.

Kjølbrot, Jon Fridrik *Den Europæiske Menneskeettighetskonvensjonen – for praktikere*. 2. utgave. København, 2007.

Den Europæiske Menneskeretskonvention. Lorenzen, Peer ... [et al] 2. utgave Danmark/2003.

Ofstad, Kari og Skar, Randi *Barnevernloven med kommentarer*. 4. utgave. Oslo, 2004.

Ovey, Clare and White, Robin C. A. *The European Convention on Human Rights*. Fourth edition. Oxford, 2006.

Artikler

Backer, Inge Lorange *Dobbeltstraff og rolleforståelse*. I: Lov og Rett 2003 s. 577-578

Backer, Inge Lorange *Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon*. I: Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, Vol. 23, nr. 4 2005 s 425 - (NMR-2005-425)

Brynildsrud, Karsten *Kan hensynet til straff og behandling forenes?* Masteroppgave ved Universitetet i Oslo 2006 publisert på www.duo.uio.no.

Fausa, Jostein Sæbø *Det straffbare forholds identitet*. I: Jussens Venner. 2005, s. 71

Holmboe, Morten *Ungdom, ran og dobbeltstraff*. I: Tidsskrift for strafferett nr. 1 2006 s. 39

Johnsen, Jon T. *Hva ble Norge dømt for i Strasbourg?* I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s. 1

Hove, Harald *Lov om barneverntjenester (barnevernloven)*. I: Norsk Lovkommentar 2005, 2. bind s. 2149

Lindboe, Knut *Barnevern og strafferett. Høyesterett og EMK*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 s. 72-76

Lindboe, Knut *Fylkesnemndene – ressursbruk, rettsikkerhet og rettslig overprøving*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2005 s. 188 - (FAB-2005-188).

Skoghøy, Jens A. E. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (« ne bis in idem »)*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2003, s. 1

Smith, Carsten *Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. I: Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter vol. 23, nr. 4 2005 s. 433 – (NMR-2005-433)

Strandbakken, Asbjørn *Ne bis in idem*. I: Lov og rett 2002 s. 355

Strandbakken, Asbjørn *Grunnloven § 96*. I: Jussens Venner 2004 s 166

Zimmer, Frederik *Høyesterettsdommer i skattesaker 2006*. I: Tidsskrift for skattesaker 2007 nr. 4 s. 325

Lover og forskrifter

1980, Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr 24

1981, Lov om barn og foreldre (barnevernlova) av 8. april 1981 nr 7

1981, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25

1984, Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr 58

1999, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30

2001, Lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) av 18. mai 2001 nr 21

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, av 12. desember 2002 nr. 1594

Forarbeider

NOU 1983:57, Straffelovgivningen under omforming – Delutredning I

NOU 1985:18, Lov om sosiale tjenester mv.

Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Inst.O.nr.80 (1991-1992), Lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp.nr.61 (1997-1998), Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester

NOU 2000:12, Barnevernet i Norge – Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

Ot.prp.nr.106 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven m.m. (lovtiltak mot barne- og ungdomskriminalitet)

NOU 2003:15, Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt reaksjonssystem med mindre bruk av straff

NOU 2005:9, Om ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

Traktater

EMK, Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon), Roma 4. november 1950

Wienkonvensjonen, Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

Barnekonvensjonen, FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York 20. november 1989

SP, FNs internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York 16. desember 1966

Doms- og kjennelsesregister

Norske Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1990 s. 380

Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp)

Rt. 1994 s. 1340

Rt. 2000 s. 822

Rt. 2000 s. 996 (Tilleggsskatt I)

Rt. 2002 s. 497 (Dobbeltstraff II)
Rt. 2002 s. 509
Rt. 2002 s. 557 (Dobbeltstraff I)
Rt. 2002 s. 1216 (Førerkort)
Rt. 2002 s. 1271 (Greenpeace)
Rt. 2002 s. 1683
Rt. 2003 s. 1100 (Halvering av dagpenger)
Rt. 2003 s. 1221
Rt. 2003 s. 1241
Rt. 2003 s. 1243
Rt. 2003 s. 1827 (Barnevernkjennelse I)
Rt. 2004 s. 645
Rt. 2004 s. 927 (Nektelse av prøveløslatelse)
Rt. 2004 s. 1368 (Barnevernkjennelse II)
Rt. 2005 s. 129
Rt. 2006 s. 1409
Rt. 2006 s. 1498

Norske underrettsavgjørelser

Gulating lagmannsretts kjennelse av 13. april 2004, publisert på Lovdata: LG-2004-873
Gulating lagmannsretts kjennelse av 10. april 2003, publisert på Lovdata: LG-2003-740

Avgjørelser fra The European Court of Human Rights – Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Engel and others v. The Netherlands, EMD, Strasbourg, 8. juni 1976 (EMD-1971-1500-A50)
Bendenoun v. France, EMD, Strasbourg, 24. februar 1994, (EMD-1986-12547)
Jamil v. France, EMD, Strasbourg, 8. juni 1995, (EMD-1989-15917)
Welch v. The United Kingdom, EMD, Strasbourg, 9. februar 1995 (EMD-1990-17440)
Gradinger v. Austria, EMD, Strasbourg, 23. oktober 1995 (EMD-1990-15963)

Oliviera v. Switzerland, EMD, Strasbourg, 30. juli 1998 (EMD-1994-25711)
Lauko v. Slovakia, EMD, Strasbourg, 2. September 1998 (1995-26138)
Malige v. France, EMD, Strasbourg, 23. September 1998 (1995-27812)
Brown v. The United Kingdom, EMD, Strasbourg, 24. November 1998, (EMD-1997-38644)
R.T. v. Switzerland, EMD, Strasbourg, 30. mai 2000 (EMD-1996-31982)
Fisher v. Austria, EMD, Strasbourg, 29. mai 2001 (EMD-1997-37950)
Sailer v. Austria, EMD, Strasbourg, 6. September 2002 (EMD-1997-38237)
Göktan v. France, EMD, Strasbourg, 2. oktober 2002 (EMD-1996-33402)
Zigarella v. Italy, EMD, Strasbourg, 3. oktober 2002 (EMD-1999-48154)
Rosenquist v. Sweden, EMD, Strasbourg, 14. September 2004, (EMD-2000-60619)
Nilsson v. Sweden, EMD, Strasbourg, 13. desember 2005, (EMD-2001-73661)
Mjelde v. Norway, EMD, Strasbourg, 1. februar 2007 (EMDN-2004-11143)
Storbråten v. Norway, EMD, Strasbourg, 1. februar 2007 (EMD-2004-12277)

Sammendrag av EMD-avgjørelser fra Lovdata:

Welch v. The United Kingdom, 19. september 1995. Lovdata EMDN 1990-17440
Storbråten v. Norway, 2. februar 2007. Lovdata: EMDN-2004-12277
Mjelde v. Norway, 1. februar 2007. Lovdata EMDN-2004-11143